

Autonomie en paternalisme in het privaatrecht

Autonomie en paternalisme in het privaatrecht

Onder redactie van
W.H. van Boom
M.L. Tuil
W. Dijkshoorn

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2008

De Jonge meesters-reeks is een initiatief van de Juridische Faculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

© 2008 W.H. van Boom, M.L. Tuil, W. Dijkshoorn (red.)/Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-017-5

NUR 822

www.bju.nl

Inhoudsopgave

I	AUTONOMIE EN PATERNALISME: EEN INLEIDING	1
1	Waar draait het om bij autonomie en paternalisme?	1
2	De opzet van dit boek	1
2.1	Autonomie en paternalisme in contractuele verhoudingen	2
2.2	Waarschuwen of ingrijpen?	3
2.3	Hoeveel autonomie moet aan jongeren en bejaarden toekomen?	3
3	Woorden van dank	4
II	WANNEER MOET PATERNALISME WORDEN VERKOZEN BOVEN AUTONOMIE IN HET CONTRACTENRECHT? BESCHOUWINGEN OVER EEN GOEDE BALANS, MEDE AAN DE HAND VAN HET HUURBESCHERMINGSRECHT	5
2.1	Inleiding	5
2.2	Het klassieke contractenrecht in ontwikkeling	6
2.2.1	Contractvrijheid, het klassieke uitgangspunt	6
2.2.2	Het klassieke contractenrecht in ontwikkeling	8
2.3	Wanneer verdient paternalisme de voorkeur vanuit de visie van de jurist?	9
2.3.1	Een nieuw richtsnoer: bescherming van de zwakkere partij	9
2.3.2	Paternalisme: wanneer en waarom?	10
2.4	Wanneer verdient paternalisme de voorkeur vanuit de visie van de rechts-econoom?	13
2.4.1	Wenselijkheid van bescherming van de zwakkere partij	13
2.4.2	Mogelijke negatieve effecten	15
2.5	Casestudy: paternalisme in het huurrecht	17
2.5.1	Beperkingen contractvrijheid in het huurrecht	17
2.5.2	Rechtseconomische analyse van het huurrecht	20
2.5.3	Averechtse effecten in Nederland	21
2.5.4	Mogelijke oplossingen	22
2.5.5	Europese grens aan huur(prijs)bescherming	24
2.6	Conclusie: paternalisme versus autonomie in het contractenrecht: de juridische of economische visie?	25
III	WETTELIJKE BEDENKTIJD IN HET CONSUMENTENRECHT: RATIO EN REALITEIT	27
3.1	Inleiding	28
3.2	Bedenktijd als juridische figuur	29
3.3	Overeenkomsten met een bedenktijdregeling	30
3.3.1	Onderzoeksgebied afgebakend	30
3.3.2	Doelen van de wetgever	35
3.3.3	Ratio van bedenktijd	36
3.4	Noodzaak van paternalisme	37
3.4.1	Informatietekort versus rationele keuze	37
3.4.2	Gebrek aan weerstand versus rationele keuze	38
3.4.3	Paternalisme noodzakelijk	41

3.5	Algemene leerstukken in verhouding tot bedenktijd	42
3.5.1	Leer van de wilsgebreken	42
3.5.2	Dwaling	42
3.5.3	Misbruik van omstandigheden	43
3.5.4	Pacta sunt servanda, tenzij...	43
3.6	Effectiviteit van bedenktijd	44
3.6.1	Bekendheid met bedenktijd	44
3.6.2	Duur van bedenktijd	46
3.6.3	Bedenktijd: laagdrempelig?	48
3.6.4	Bedenktijd herzien	50
3.6.5	Overige aanbevelingen	50
3.7	Conclusie	51
IV	CONSUMENTENBESCHERMING TEGEN (KREDIET)RECLAME	53
4.1	Inleiding	53
4.2	Europees-juridisch consumentenbeeld	54
4.2.1	Algemeen consumentenbeeld in Europa	54
4.2.2	Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken	55
4.2.3	Bijzondere wetgeving	57
4.2.4	Europese Hof van Justitie	59
4.3	Consumentenbeeld in het bedrijfsleven	60
4.3.1	Marketing	60
4.3.2	Psychologie	60
4.3.3	Behavioral law and economics	62
4.4	Autonomie versus paternalisme	64
4.5	Casestudy: kredietreclame	65
4.5.1	Huidige regelgeving	65
4.5.2	De verleiding van kredietreclame	66
4.5.3	Een balans in regelgeving met betrekking tot kredietreclame	68
4.6	Conclusie	71
V	DE ZORGPLICHT VAN DE DIRECT WRITER VOOR DE PARTICULIERE VERZEKERINGNEMER	73
5.1	Inleiding	73
5.2	De particuliere verzekeringsmarkt	74
5.2.1	Distributiekanaalen en de Wft	74
5.2.2	Keuze van het distributiekanaal door particulieren per productgroep	75
5.3	De zorgplichten van de onafhankelijk assurantietussenpersoon	77
5.3.1	De civielrechtelijke zorgplicht	77
5.3.2	De zorgplichten voortvloeiend uit de Wft	78
5.3.3	Eigen verantwoordelijkheid/eigen schuld van de verzekeringnemer	79
5.4	De zorgplichten van de direct writer	80
5.4.1	De civielrechtelijke zorgplicht	80
5.4.2	De zorgplichten voortvloeiend uit de Wft	82

5.5	De bancaire zorgplicht voor de belegger	84
5.5.1	Zorgplichten voor de effecteninstelling	84
5.5.2	Paternalisme versus autonomie van de particuliere belegger	85
5.6	Wenselijkheid van verzwaarde zorgplichten voor de direct writer	87
5.6.1	'Ongelijke behandeling' van financiële dienstverleners met betrekking tot zorgplichten	87
5.6.2	De 'rational choice theory' en kanttekeningen vanuit de psychologie bij de effectiviteit van zorg- en informatieplichten	90
5.6.3	Rol van de eigen verantwoordelijkheid	91
5.6.4	Aanbevelingen	92
5.7	Conclusie	94
	Appendix: Enquête 'behoeften en preferenties van verzekeringnemers'	95
VI	DIENSTWEIGERING DOOR JURIDISCH DIENSTVERLENERS IN HET BELANG VAN DE CLIËNT	97
6.1	Inleiding	97
6.2	Rechtsverhouding tussen juridisch dienstverlener en cliënt	99
6.2.1	Overeenkomst van opdracht en beroepsvereisten	99
6.2.2	Verantwoordelijkheid en autonomie van de juridisch dienstverlener	99
6.2.3	Verantwoordelijkheid en autonomie van de cliënt	106
6.2.4	Autonomie en paternalisme in de juridische dienstverlening	107
6.3	Dienstweigeringsplicht in het belang van de cliënt	108
6.3.1	Paternalisme in het belang van de cliënt	108
6.3.2	Waarschuwen of weigeren?	109
6.3.3	Dienstweigering versus autonomie van de cliënt	112
6.4	De dienstweigeringsplicht in rechtspsychologisch perspectief	112
6.4.1	Zorg voor de belangen van de cliënt en dienstweigering	112
6.4.2	De beslissing van de cliënt in een psychologische context	113
6.4.3	Dienstweigering als noodzakelijk paternalisme?	120
6.5	Conclusie	122
VII	DE VERHOUDING TUSSEN ANTICIPATIE EN ZELFBESCHERMING BIJ GEVAARZETTING	123
7.1	Inleiding	123
7.2	Ontwikkeling van positieve zorgplichten	125
7.2.1	Inleiding	125
7.2.2	Nederlandse situatie	125
7.2.3	Zorgplichten in het Duitse recht	127
7.2.4	Zorgplichten in het Engelse recht	128
7.3	Waarschuwingsplichten	129
7.4	Normenhiërarchie bij voorzorgsmaatregelen	132
7.5	Effectiviteit van voorzorgsmaatregelen: de toegevoegde waarde van rechtspsychologische invalshoek	133
7.6	Eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer	136
7.6.1	De verhouding gevaarzetter en slachtoffer	136

7.6.2	Wettelijk en gewenst kader voor verdeling van schade	139
7.7	Analyse en besluit	144
VIII	ALTERNATIEVE GENEESWIJZEN EN DE DWALENDE ZORGCONSUMENT	147
8.1	Inleiding	148
8.2	De autonome patiënt	150
8.3	De beschermde patiënt	151
8.4	Wie is de patiënt?	153
8.5	Wetgeving en overheid	155
8.5.1	De Wet BIG	156
8.5.2	De WGBO	157
8.5.3	Informatievoorziening door de overheid	158
8.5.4	Richtlijn oneerlijke handelspraktijken	160
8.6	De arts en het alternatief	161
8.7	Het placebo-effect	163
8.8	De schade en de vordering	166
8.8.1	Onrechtmatige daad	167
8.8.2	Dwaling	168
8.8.3	Wanprestatie	170
8.8.4	Misbruik van omstandigheden	170
8.8.5	Algemeen	170
8.9	Conclusie: belangenstrijd autonomie en paternalisme	171
IX	WIE WORDT HET KIND VAN DE REKENING?	173
9.1	Inleiding	173
9.2	De aansprakelijkheid van ouders en kinderen vanuit rechtsvergelijkend perspectief	176
9.2.1	Inleidende opmerkingen	176
9.2.2	Frankrijk	176
9.2.3	Engeland	178
9.2.4	Duitsland	180
9.2.5	Oostenrijk	182
9.2.6	Tussenconclusie	183
9.3	Verzekeringsrechtelijke en verzekeringseconomische aspecten	184
9.3.1	De wisselwerking tussen wetgever en verzekeraar	184
9.3.2	Betere compensatie met het oog op slachtofferbescherming	184
9.3.3	De preventieve gedragscorrigerende werking	188
9.3.4	Afrondende opmerkingen en suggesties	191
9.4	De buitenlandse verzekeringsmarkt	192
9.4.1	De Franse verzekeringspraktijk	192
9.4.2	De Engelse verzekeringspraktijk	195
9.5	Conclusies en aanbevelingen	199

X	VERMOGENSBESCHERMING VAN MINDERJARIGEN: TE VEEL, TE WEINIG OF PRECIES GENOEG?	203
10.1	Inleiding	203
10.2	Afbakening van het onderzoek	204
10.2.1	Minderjarigheid	204
10.2.2	Vermogensbescherming	205
10.3	De ontwikkeling van minderjarigen	206
10.3.1	Algemeen	206
10.3.2	De psychologische ontwikkeling	206
10.3.3	Consumentensocialisatie	208
10.3.4	De rol van de ouders	212
10.3.5	Tussenconclusie	213
10.4	Vermogensrechtelijke bescherming van minderjarigen	214
10.4.1	Algemeen	214
10.4.2	De handelingsonbekwaamheid	214
10.4.3	De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken	220
10.4.4	De Richtlijn audiovisuele mediadiensten	221
10.5	Evaluatie	224
10.5.1	De handelingsonbekwaamheid	224
10.5.2	De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken	224
10.5.3	De Richtlijn audiovisuele mediadiensten	225
10.6	Conclusie	225
XI	ZELFBESCHIKKING EN FINANCIËLE VERMOGENSBESCHERMING BIJ BEJAARDEN	227
11.1	Inleiding	228
11.2	De kwetsbare bejaarde	229
11.2.1	Algemeen	229
11.2.2	Lichamelijke veroudering	229
11.2.3	Sociaalrelationele context	231
11.2.4	Psychologische verandering	232
11.2.5	Maatschappelijke context	233
11.2.6	Verschillende categorieën van kwetsbaarheid	234
11.3	Voorwaarden voor vermogensrechtelijke bescherming van ouderen	235
11.3.1	Algemeen	235
11.3.2	Bescherming van de eerste categorie	236
11.3.3	Bescherming van de tweede categorie	237
11.4	Vermogensbescherming in het huidige recht	237
11.4.1	Algemeen	237
11.4.2	Volmacht	238
11.4.3	Bewind	240
11.4.4	Curatele	242
11.4.5	Misbruik van omstandigheden	243
11.5	De rol van de notaris	244
11.5.1	Algemeen	244
11.5.2	Beoordeling wilsonbekwaamheid	244

11.6	Evaluatie	246
11.6.1	Algemeen	246
11.6.2	Evaluatie: eerste categorie	246
11.6.3	Evaluatie: tweede categorie	247
11.7	Conclusie en aanbevelingen	248
XII	AUTONOMIE EN PATERNALISME:AFSLUITENDE OBSERVATIES	251
12.1	Onze eerste indrukken	251
12.2	Een kleine taxonomie van autonomie en paternalisme	252
12.3	De auteurs over autonomie en paternalisme	256
12.4	Afsluiting	258

I Autonomie en paternalisme: een inleiding

Willem van Boom, Walter Dijkshoorn en Mark Tuil

1.1 Waar draait het om bij autonomie en paternalisme?

Het privaatrecht werkt van oudsher met lastig te verenigen beginselen, zoals het beginsel van contractsvrijheid, het beginsel dat eenmaal gesloten contracten binden, het beginsel dat ieder zijn eigen schade moet dragen en het beginsel dat men een ander niet aan een groter risico mag blootstellen dan redelijkerwijs verantwoord is. Het privaatrecht wordt wel samengevat als het spanningsveld tussen autonomie en paternalisme. Wat betekenen deze twee tegenpolen bijvoorbeeld voor de vraag of een bank die consumptief krediet verstrekt een onderzoeksplicht heeft naar de motieven en draagkracht van de debiteur? Wat betekent het feit dat een product op een onverstandige manier gebruikt kan worden voor de waarschuwingsplicht van een producent? Moet een advocaat zijn diensten weigeren aan de volhardende cliënt als de zaak kansloos is? Bent u het uw medemens verplicht om de gemeente te waarschuwen als een stoeptegels gevaarlijk uitsteekt? Hebben kinderen eigenlijk wel de bescherming van handelingsonbekwaamheid en immuniteit van aansprakelijkheid nodig?

In het privaatrecht staan regelmatig dergelijke vraagstukken centraal: moet de autonome burger gewoon voor zichzelf zorgen of heeft hij aanspraak op 'privaat paternalisme', waarbij een ander hem moet behoeden voor misstappen, miskopen en misschien zelfs misdaden? En als wordt gekozen voor het paternalistisch perspectief, wanneer moet 'de ander' dan precies ingrijpen? Een consistente 'politieke lijn' in het vermogensrecht is niet eenvoudig te ontdekken. Op verschillende plaatsen is het van 'laissez-faire' doordeesemd, op andere plaatsen waait juist een sterke interventionistische wind. Hoe moeten die tegenstellingen worden beoordeeld? De bijdragen aan dit boek verkennen het spanningsveld tussen autonomie van burgers en privaat paternalisme.

1.2 De opzet van dit boek

Hoe is het boek opgezet? Elk van de auteurs bij deze subthema's analyseert en commentarieert verschillende gevalstypen vanuit de volgende overkoepelende onderzoeksvragen: welke doelen en onderliggende beginselen kunnen worden aangewezen bij het betreffende onderwerp? Zijn er gegevens bekend over de doelmatigheid en mogelijke neveneffecten van de betreffende regels? Zijn in het buitenland relevante ervaringen (alternatieve wijze van reguleren) die bij een beoordeling meegewogen kunnen worden?

De bijdragen zijn in drie clusters onderverdeeld, te weten 'autonomie en paternalisme in contractuele verhoudingen', 'waarschuwen of ingrijpen?' en 'hoeveel autonomie moet

aan jongeren en bejaarden toekomen?’. Het boek wordt afgesloten met enkele concluderende observaties van onze zijde. Voordat we de schrijvers zelf aan het woord laten, volgt hier nog een korte introductie op elk van deze clusters.

1.2.1 *Autonomie en paternalisme in contractuele verhoudingen*

Het eerste cluster betreft de bijdragen van Barbara Filippo, Noëlle Bynoe, Merel van Asch en Sophieke Bredemeijer-Pilon. In de kern gaat het in hun bijdragen om de vraag of het individu beschermd moet worden tegen ‘de vrije markt’ waar huizenkopers sneller dan snel een aankoopbeslissing moeten nemen, waar huurders weinig bescherming zouden genieten, waar marketing gericht is op verleiding en soms simpelweg op misleiding van consumenten en waar door ernstige informatiekorten een structurele mismatch kan ontstaan tussen de verwachtingen van de koper en de kwaliteiten van het verkochte product. Dat lijken nogal uiteenlopende vraagstukken, maar ze hebben gemeen dat ze elk een vorm van ‘markthapering’ aan de orde stellen. Dat haperen is ruimer dan alleen het falen van een vrije markt in rechtseconomische zin; ook de sociale politiek van ongelijkheidscompensatie in contractuele verhoudingen – denk aan dwingend recht in huur- en arbeidsverhoudingen – kan haperingen teweegbrengen. Ook deze haperingen komen aan de orde.

Barbara Filippo bespreekt allereerst de stand van de discussie over autonomie en paternalisme in het contractenrecht, om vervolgens, bij wijze van concrete casus, het huurbeschermingsrecht vanuit rechtseconomisch perspectief te analyseren. Bescherming van huurders als paternalistische correctie op ongelijkheden in de huurmarkt lijkt een fraai streven maar ze blijkt ook onbedoelde neveneffecten te hebben. Liberalisering van de beschermingsregels en een zekere mate van terugkeer naar contractvrijheid is dan mogelijk een betere optie.

Noëlle Bynoe onderzoekt verschillende bedenktijden in het contractenrecht. Het recht om zich te bedenken grijpt in in de contractsvrijheid, maar het is juist bedoeld om autonomie van ten minste één van de partijen te verbeteren. Bynoe analyseert de ratio van bedenktijden en onderzoekt vervolgens of enige effectiviteit verwacht kan worden van het recht om zich te bedenken. Daarbij put Bynoe uit onderzoek naar hoe personen aankoopbeslissingen nemen en zij concludeert ten slotte dat de effectiviteit van bedenktijden verbeterd zou kunnen worden.

Merel van Asch onderzoekt of met de huidige Europese regelgeving een balans wordt gevonden tussen autonomie en paternalisme op het gebied van consumentenbescherming tegen reclame. Het consumentenbeeld van de Europese wetgever leidt ertoe dat beschermingsmaatregelen waarbij consumenten geïnformeerd worden en vervolgens ‘autonoom’ kunnen beslissen, voldoende zijn. De inzichten uit het bedrijfsleven laten echter zien dat het wellicht wenselijker zou zijn als er ‘paternalistischer’ zou worden opgetreden.

Sophieke Bredemeijer-Pilon behandelt de zorgplicht van de ‘direct writer’ – de (schade)verzekeraar die zonder tussenkomst van een tussenpersoon rechtstreeks aan

consumenten verzekeringsproducten verkoopt. Bij ‘direct writing’ zijn aanwijzingen voor het bestaan van een ‘expectation gap’; de consument heeft allerlei verwachtingen van het product die het lang niet altijd waar maakt. Bredemeijer-Pilon betoogt dat, nu de maatschappij verandert en verzekeringnemers er steeds vaker voor kiezen hun (schade)verzekering rechtstreeks af te sluiten, de zorgplicht van de direct writer aangescherpt dient te worden.

1.2.2 *Waarschuwen of ingrijpen?*

Het tweede cluster omvat de bijdragen van Anne-Marije van Zanten, Jelena Behić en Hans Mijnster. Deze bijdragen betreffen in de kern steeds het overgangsgedebiet tussen waarschuwen voor gevaar en ingrijpen om de betrokkene weg te houden van het gevaar. Deze vraag is uiteraard een rode draad in het gevaarzettingsrecht, maar ook bij zorgplichten van de juridische dienstverlener en bij onwerkzame ‘geneeskrachtige’ behandeling blijkt zij een relevante rol te spelen.

Anne-Marije van Zanten stelt zich de vraag of juridische dienstverleners soms hun dienst moeten weigeren aan de cliënt als het belang van de cliënt niet is gediend met de dienst. Zij analyseert in dat verband niet alleen de juridische aspecten maar gaat ook in op de invloed die de dienstverlener op het besluitvormingsproces van de cliënt kan uitoefenen. De centrale stelling van Van Zanten is dat een dienstweigeringsplicht in dat licht onwenselijk is.

Jelena Behić presenteert een rechtsvergelijkende analyse van het gevaarzettingsleerstuk en gaat daarbij in op de verhouding tussen de plicht van het slachtoffer tot zelfbescherming en de plicht van de (professionele) gevaarzetters om te anticiperen. Haar betoog mondt uit in aanbevelingen over het onderscheiden van verschillende gevalstypen en de toepassing van het eigen schuld-leerstuk bij gevaarzetting.

Hans Mijnster analyseert de juridische invalshoek van alternatieve ‘geneeswijzen’. Daarbij gaat hij in het bijzonder in op de vraag of de wijze waarop alternatieve behandelingsovereenkomsten tot stand komen door de beugel kunnen. Mijnster laakt de passieve houding van de overheid en hij bepleit ‘preventief paternalisme’ ten behoeve van kwetsbare cliënten.

1.2.3 *Hoeveel autonomie moet aan jongeren en bejaarden toekomen?*

De bijdragen van Harmen van der Wilt, Merel Koppenol en Saskia Braun ten slotte betreffen het hart van de privaatrechtelijke autonomie: de vraag of jongeren en ouderen vanwege hun bijzondere onervarenheid, onderontwikkeling of sociale en geestelijke zwakte bijzondere vermogensrechtelijke bescherming behoeven.

Harmen van der Wilt onderzoekt een recent initiatiefwetsvoorstel tot verhoging van de leeftijdsgrens voor de risicoaansprakelijkheid van ouders voor kinderen die onrechtmatig schade toebrengen aan derden. Van der Wilt komt naar aanleiding van rechtsvergelijkend onderzoek en na bestudering van verschillende verzekeringsmarkten in Europa

tot de conclusie dat verhoging van die leeftijdsgrens waarschijnlijk niet leidt tot meer compensatie of betere preventie.

Merel Koppenol analyseert de vermogensbescherming van minderjarigen, waarbij zij uiteraard veel aandacht besteed aan de handelingsonbekwaamheid. Zij vraagt zich af of de huidige wettelijke regeling wel aansluit bij inzichten uit de ontwikkelingspsychologie en of niet iets te zeggen valt voor verlaging van de leeftijdsgrens voor handelingsbekwaamheid.

Saskia Braun tenslotte behandelt de vraag of ouderen bijzondere vermogensbescherming nodig hebben. Om die vraag te beantwoorden, verdeelt zij 'kwetsbare ouderen' onder in twee categorieën, waarbij 'gewoon kwetsbare ouderen' worden onderscheiden van ouderen die door geestelijke achteruitgang slachtoffer kunnen worden van financiële malversaties door familieleden en hulpverleners. Bijzondere aandacht schenkt zij aan de rol van de notaris als 'gatekeeper'.

3 **Woorden van dank**

Aan het einde van deze inleiding gekomen past een woord van dank aan diegenen zonder wie dit boek niet tot stand was gekomen. Uiteraard allereerst dank aan de auteurs voor hun inspanning en de inspirerende gang die wij gezamenlijk mochten maken naar de totstandkoming van dit boek. In de tweede plaats danken wij Louis Visscher en Sanne Pape, beiden werkzaam aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam, voor hun bereidwilligheid om met de auteursgroep van gedachten te wisselen over hun onderzoeksperspectief. In de derde plaats danken wij Maja Lucas voor managementondersteuning.

Ten slotte danken wij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam voor het mogelijk maken van de publicatie in de reeks 'Jonge Meesters' en Jolanda Bloem voor de ondersteuning bij het publicatieproces.

Het is tijd om de auteurs zelf aan het woord te laten.

II Wanneer moet paternalisme worden verkozen boven autonomie in het contractenrecht?

Beschouwingen over een goede balans, mede aan de hand van het huurbeschermingsrecht

Barbara Filippo

In de klassieke visie wordt de contractvrijheid (autonomie) gezien als een van de fundamenteën van ons contractenrecht. Men kan in principe met elkaar afspreken wat men maar wil, zolang maar geen dwang, dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden in het spel zijn en zolang men maar binnen de grenzen van de wet, de openbare orde en de goeden zeden blijft. Met de opkomst van de verzorgingsstaat ontstaat het inzicht dat het klassieke uitgangspunt van het contractenrecht niet meer strookt met de werkelijkheid. Dit heeft er toe geleid dat de overheid soms, in het algemeen belang en vaak vanuit de gedachte van bescherming van een economische zwakkere partij, in ging grijpen. In hoofdzaak gaat het hier om dwingend recht (paternalisme) ter bescherming van de zwakkere partij, tegen de 'ander' die beter toegerust is, die een voorsprong heeft en die misbruik zou kunnen maken van zijn bijzondere sterkere positie.

De meeste rechtseconomische auteurs achten het belang van de contractvrijheid erg hoog. Toch kan er ook vanuit rechtseconomisch perspectief behoefte bestaan aan dwingend recht ter compensatie van ongelijkheid in met name onderhandelingsmacht. Een kanttekening die de rechtseconomie hierbij maakt, is dat dwingend recht een zeer grote inbreuk vormt op de contractvrijheid van partijen en dat het om die reden kritische dient te worden bekeken op mogelijke averechtse effecten.

Ook indien evident duidelijk is dat dwingend recht noodzakelijk is ter bescherming van de zwakkere partij, is enige terughoudendheid vereist. De casestudy naar paternalisme in het huurrecht laat zien dat, ondanks het feit dat bescherming van de zwakke huurder van woonruimte vanuit juridisch oogpunt zeer wenselijk is, het hoge beschermingsniveau ook hier negatieve effecten met zich meebrengt. Liberalisering van de huurprijs van woonruimte, in combinatie met subsidiering van nieuwbouw en woningverbetering van bestaande woningen, biedt hier wellicht de oplossing.

2.1 Inleiding

De contractvrijheid is een van de fundamentele beginselen van het contractenrecht. De vrijheid om zelf te bepalen of men wil, wat men wil, met wie men wil en natuurlijk vooral ook met wie men niet wil contracteren, wordt terecht gezien als een van de belangrijkste uitingen van de menselijke autonomie.¹ Een tendens die haaks op het beginsel van con-

¹ E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van het paradigma

tractvrijheid staat, is de bescherming van de zwakkere partij door middel van dwingend recht. Deze meer paternalistische invulling van het contractenrecht heeft in de literatuur tot de nodige discussie geleid. Voorstanders stellen zich op het standpunt dat paternalisme noodzakelijk is om de ongelijkheid tussen partijen in de samenleving te compenseren. Anderen vinden dat de gedachte van bescherming van de zwakkere partij en het hiermee gepaard gaande paternalisme een halt moet worden toegeroepen, waarbij zij zich met name beroepen op de (ongewenste) effecten die de beperkingen van de contractvrijheid met zich meebrengen.

In het kader van het thema van deze bundel zal ik in mijn bijdrage een algemeen en zo objectief mogelijk beeld scheppen ten aanzien van de vraag wanneer paternalisme moet worden verkozen boven autonomie in het contractenrecht. In § 2 zal ik allereerst de ontwikkelingen in het klassieke contractenrecht kort uiteenzetten, om zo een beter beeld te schetsen van de achterliggende problematiek ten aanzien van de hoofdvraag. Vervolgens zal ik in § 3 proberen om een antwoord te formuleren op de vraag wanneer paternalisme de voorkeur moet krijgen boven autonomie vanuit de visie van de jurist. In § 4 zal dezelfde vraag centraal staan maar dan bekeken vanuit de rechtseconomie, waarbij ik onder andere aandacht besteed aan de mogelijke negatieve effecten van paternalisme. Tot slot zullen in § 5 en § 6 de effecten van bescherming van één specifieke zwakke partij centraal staan, te weten de huurder van woonruimte. De contractvrijheid wordt ten aanzien van de huurovereenkomst op twee belangrijke manieren beperkt. Deze twee beschermingsmaatregelen zullen aan een kritische (economische) analyse worden onderworpen, ten einde een afweging te kunnen maken tussen paternalisme en autonomie in het politiek gevoelige huurrecht.

2.2 Het klassieke contractenrecht in ontwikkeling

2.2.1 Contractvrijheid, het klassieke uitgangspunt

In het klassieke contractenrecht wordt de contractvrijheid, naast het beginsel van de vormvrijheid, het consensualisme en de *pacta sunt servanda*-regel, gezien als het fundament van ons contractenrecht. Volgens Asser-Hartkamp is onze samenleving, die gebaseerd is op een ruilsysteem van zaken en diensten, zelfs ondenkbaar zonder een zekere vrijheid om contractuele betrekkingen aan te gaan; het algemeen belang eist deze contractvrijheid.²

Contractvrijheid schept de voorwaarden voor een vrije ontplooiing van de persoon, doordat deze in staat wordt gesteld om met anderen samen te werken.³ Het is dan ook niet verwonderlijk dat de contractvrijheid ook een cruciale rol speelt bij de uitoefening

mata van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387.

2 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 34.

3 J.H. Nieuwenhuis, 'Contractsvrijheid: een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-32.

van grond- en mensenrechten.⁴ Vele van de fundamentele rechten veronderstellen contractvrijheid, zonder vrijheid om te contracteren kunnen de fundamentele rechten immers niet uitgeoefend worden.

In de klassieke visie op het contractenrecht staat het beginsel van contractvrijheid centraal. Dit houdt in dat eenieder in principe vrij is om al dan niet een overeenkomst aan te gaan met wie men maar wil en men kan daarbij elke gewenste inhoud kiezen.⁵

Onbegrensd is deze klassieke vrijheid natuurlijk niet helemaal en dat is ze ook nooit geweest. In eerste instantie kan het algemeen belang meebrengen dat de contractvrijheid behoort te worden beperkt. De openbare orde en de goede zeden ex art. 3:40 BW behoren tot de klassieke grenzen van de contractvrijheid.⁶ Deze beperkingen bevatten open normen waardoor zij samenhangen met de maatschappelijke omstandigheden en zij niet te allen tijde hetzelfde zijn.⁷

Daarnaast is het van belang dat contractvrijheid slechts vrijheid van de een inhoudt, voor zover zij verenigbaar is met de vrijheid van een ander.⁸ De algemene leerstukken uit Boek 3 BW waken hier over. Het gaat in eerste instantie om vrijwilligheid; zonder wil is men ingevolge de art. 3:33 tot en met 3:35 BW niet gebonden. Niet iedere vrijwilligheid zal echter standhouden. In sommige gevallen beschermt het recht mensen tegen zichzelf. Dit is in wezen de achtergrond van de regeling van de handelingsonbekwaamheid ex art. 3:32 BW, die minderjarigen en onder curatele gestelden beschermt.⁹

De wilsgebreken ten slotte, waken tegen onredelijke beïnvloeding, tegen gebondenheid die niet in vrijheid is gekozen. Het Nederlandse contractenrecht hecht meer waarde aan een vrijwillige keuze dan aan een rechtvaardig onderhandelingsresultaat.¹⁰ Ons contractenrecht kent dan ook geen *iustum pretium*-toets, wat inhoudt dat de prestaties die partijen over en weer met elkaar overeenkomen niet gelijkwaardig aan elkaar hoeven te zijn. Benadeling op zich van een partij is onvoldoende grond voor aantasting van de overeenkomst. Slechts een niet gewilde of onder invloed van een wilsgebrek tot stand gekomen benadeling is aantastbaar, niet vanwege de benadeling, maar puur vanwege het ontbreken van vrijwilligheid.¹¹

In principe komt het er op neer dat iedereen in de klassieke visie wordt geacht vrij en gelijk te zijn voor de wet. Men kan alles met elkaar afspreken wat men maar wil, zolang maar geen dwang, dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden in het spel zijn en

4 Zie bijvoorbeeld: E.A. Alkema, 'Contractvrijheid als grondrecht; de vrijheid om over grond- en mensenrechten te contracteren of er afstand van te doen', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 33-46.

5 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 9.

6 E.M. Hoogervorst, 'Openbare orde en goede zeden in artikel 3:40 BW', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 137.

7 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 256.

8 J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid: een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-32.

9 T. Hartlief, 'Vrijheid en bescherming in het contractenrecht', *Contracteren*, 2003, p. 5.

10 T. Hartlief, 'Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-253.

11 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 10.

zolang men maar binnen de grenzen van de wet, de openbare orde en de goede zeden blijft.¹²

2.2.2 *Het klassieke contractenrecht in ontwikkeling*

Met de opkomst van de verzorgingsstaat ontstond het inzicht dat het klassieke uitgangspunt van het contractenrecht niet meer strookt met de werkelijkheid.¹³ Achterstand in kennis, ervaring en financiële middelen leidde er toe dat de vraag om bescherming toenam.¹⁴ Overheidsingrijpen kon dan ook bijna niet uitblijven. Het inzicht dat het uitgangspunt van autonomie niet voor iedereen aanvaardbare resultaten kon garanderen, heeft geleid tot een belangrijke ontwikkeling in het contractenrecht die inhoudt dat de overheid soms, in het algemeen belang en vaak vanuit de gedachte van bescherming van een economische zwakkere partij, ingrijpt.¹⁵ De wenselijk geachte ongelijkheidscompensatie heeft onder meer geleid tot regelingen met betrekking tot de arbeidsovereenkomst, de pachtovereenkomst, de huurovereenkomst en de koop op afbetaling. In hoofdzaak gaat het hier om dwingend recht ter bescherming van de zwakkere contractpartij, tegen de 'ander' die beter toegerust is, die een voorsprong heeft en die misbruik zou kunnen maken van zijn bijzondere, sterkere positie.

Het klassieke contractenrecht krijgt, door de opkomst van de verzorgingsstaat eind jaren vijftig van de vorige eeuw, gaandeweg een steeds socialer gezicht. In het oude normenstel ter regeling van de verhoudingen tussen de bovenlaag van de maatschappij zijn nieuwe normen binnengedrongen ter bescherming van economisch zwakkeren en vervolgens ook ter bescherming van de onwetenden tegen de deskundigen.¹⁶

Ook de Hoge Raad heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan het socialere gezicht van het contractenrecht. Met de uitspraak in de *Baris/Riezenkamp*-zaak¹⁷ is een trend ingezet op het gebied van de precontractuele fase waarin partijen zich in de verschillende fases van een contract behalve door hun eigen belang, tevens moeten laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de ander. In latere rechtspraak worden op grond van de redelijkheid en billijkheid onder andere mededelings-, informatie-, onderzoeks-, beschermings- en consideratieplichten aangenomen.¹⁸ In sommige gevallen wordt er van een contractpartij verwacht dat hij zijn wederpartij op vergaande wijze zal beschermen. Met name op banken rust een bijzondere zorgplicht; zij dienen particulieren die een

12 J.B.M. Vranken, 'De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht. Over differentiatie en schaalvergroting', in: M.G.J.C. Raaijmakers e.a. (red.), *Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW*, Deventer: Kluwer, 1999, p. 246.

13 Zie bijvoorbeeld N.J.H. Huls, 'De verburgerlijking van het sociaal recht', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 197-205.

14 T. Hartlief, 'Vrijheid en bescherming in het contractenrecht', *Contracteren*, 2003, p. 5.

15 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 43.

16 E. Cohen Henriquez, 'Boekbespreking' (bespreking van: J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het Verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989), *RM Themis* 1990, p. 453-457.

17 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67.

18 Zie uitgebreid: J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het Verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

borgtocht aangaan¹⁹ of zich in de optiehandel begeven²⁰ op mogelijke risico's te wijzen. De ontwikkelingen die het contractenrecht de afgelopen jaren heeft doorlopen, hebben er toe geleid dat het klassieke contractenrecht, waarin vrijheid en autonomie het uitgangspunt waren, is veranderd in een socialer recht waarin wetgever en rechter zich sterker laten leiden door een nieuw richtsnoer; de bescherming van de zwakkere partij. Vandaag de dag wordt bij deze zwakkere partij niet alleen meer gedacht aan de arbeider, de huurder en de pachter, maar vooral ook aan de consument. De zwakkere partij heeft inmiddels ook nieuwe gedaanten gekregen; de patiënt, de kleine ondernemer en de particuliere belegger zijn daar enkele voorbeelden van. Bescherming van de zwakkere partij is hierdoor volgens Hartlief al lang niet meer beperkt tot de klassieke terreinen van huur en arbeid, maar strekt zich in wetgeving en rechtspraak nu ook uit over bijvoorbeeld koop, borgtocht, timesharing, verzekeringen, geneeskundige behandelingen, reizen en beleggen.²¹

Het arsenaal aan beschermingsinstrumenten is ook drastisch uitgebreid door onder meer de komst van de bedenktijd, informatie- en waarschuwingsplichten en de afkoelingsperiode.²² Meer dan vroeger lijkt de bescherming van de zwakkere partij centraal te staan in ons contractenrecht. Hierbij rijst de vraag wanneer dwingend rechtelijke bescherming de voorkeur geniet boven contractvrijheid. Met andere woorden: wanneer moet paternalisme worden verkozen boven autonomie in het contractenrecht?

2.3 Wanneer verdient paternalisme de voorkeur vanuit de visie van de jurist?

2.3.1 Een nieuw richtsnoer: bescherming van de zwakkere partij

Het inzicht dat het grondpatroon van contractvrijheid niet meer strookt met de werkelijkheid, heeft tot een belangrijke vorm van overheidsingrijpen geleid. Sociale wetgeving ter compensatie van ongelijkheid heeft de contractvrijheid aanzienlijk beperkt. In een aantal gevallen is van enige vrijheid zelfs nauwelijks nog sprake en is een vorm van contractdwang aan de orde.²³

De zwakke partij wordt op veel plaatsen in ons huidige Burgerlijk Wetboek in bescherming genomen. Bescherming van de zwakke partij is, naast de gedachte om voor veel voorkomende geschillen een oplossing te geven, een van de belangrijkste doeleinden van wetgeving geworden. Hondius noemt de bescherming van de zwakkere partij zelfs het nieuwe paradigma van het contractenrecht.²⁴ Hij betoogt dat beperking van

19 HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759.

20 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (Van de Klundert/Rabobank).

21 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 1.

22 Zie uitgebreid H.J.S.M. Langbroek, 'Enige opmerkingen over instrumenten van consumentenbescherming', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 413-430.

23 I.S.J. Houben, 'Contractdwang', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 347-360.

24 E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van het paradigma van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

de contractvrijheid ten behoeve van bescherming van de zwakkere partij inmiddels van uitzondering tot regel is geworden. Niet tot een regel die volgens hem de plaats van contractvrijheid heeft ingenomen, maar tot een regel die naast de contractvrijheid recht heeft op eenzelfde aanzien. Men kan niet zeggen dat het ene beginsel onder alle omstandigheden het andere beginsel de baas is. Toch zal ik trachten op hoofdlijnen aan te geven wanneer het meer paternalistische beginsel van bescherming van de zwakkere partij, vanuit juridisch oogpunt, de voorkeur geniet boven het fundamentele beginsel van contractvrijheid.

2.3.2 *Paternalisme: wanneer en waarom?*

Zoals al eerder is aangegeven is in ons Burgerlijk Wetboek een aantal open normen te vinden, die een al te letterlijke toepassing van de contractvrijheid binnen de perken beogen te houden. Zo zijn contractsbepalingen die in strijd zijn met de goede zeden ingevolge art. 3:40 BW nietig en beperken de regelingen van de wilsgebreken, de redelijkheid en billijkheid²⁵ en de handelingsonbekwaamheid de contractvrijheid evenzeer. Toch heeft de wetgever er voor gekozen om daarnaast in een aantal gevallen paternalistisch in te grijpen in de contractvrijheid. De rest van deze paragraaf staat in het teken van de bescherming van de zwakke partij. Hierbij staat de vraag wanneer en waarom paternalisme zich voordoet centraal.

2.3.2.1 *De arbeidsovereenkomst*

Met de bescherming van de arbeider heeft in 1907 een heel nieuwe vorm van bescherming haar entree in het Burgerlijk Wetboek gemaakt; door middel van (veelal) dwingend recht wordt de werknemer tegen de werkgever beschermd. Het gaat hier niet alleen om bescherming van de zwakke werknemer tegen de sterke werkgever, maar om bescherming van de werknemer in zijn algemeenheid. Het kan zelfs voorkomen, dat de betreffende werknemer deze bescherming helemaal niet nodig heeft. Voor directeuren, juristen, accountants en andere hoog opgeleide werknemers zal de bescherming bijvoorbeeld veel minder noodzakelijk zijn dan voor fabrieksarbeiders, maar dat doet in de huidige wetgeving niet ter zake.

Het zogenaamde 'personenrechtelijke aspect', dat zich binnen de werkgever-werknemer verhouding voordoet, maakt de arbeidsovereenkomst zo bijzonder ten opzichte van het 'normale' civiele recht. Dit personenrechtelijke aspect manifesteert zich in het feit dat de werkgever niet alleen over de arbeidskracht van de werknemer beschikt, maar ook over de persoon van de werknemer zelf en dus over een deel van diens leven. Dit 'beschikken' blijkt volgens Loonstra uit het feit dat de werknemer in een relatie van ondergeschikt-

25 Zie uitgebreid W.L. Valk, 'Contractvrijheid en de redelijkheid en billijkheid als bron van rechten en verplichtingen', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 493-499; M.M. Stolp, 'Grenzen aan de uitoefening van bevoegdheden in de contractuele sfeer; meten met twee maten?', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 501-515.

heid staat ten opzichte van de werkgever.²⁶ De werknemer is juridisch afhankelijk van zijn werkgever. Vanwege het feit dat de arbeidsovereenkomst een op continuïteit gerichte duurovereenkomst is, bevindt de werknemer zich in kwetsbare ondergeschikte positie. Daar komt bij dat de werknemer ook economisch afhankelijk is van de werkgever voor zijn levensonderhoud. Vanwege deze structurele ondergeschiktheid c.q. juridische en economische afhankelijkheid van de werknemer ten opzichte van de werkgever, zijn de wettelijke regels gericht op het creëren van een (groter) evenwicht tussen de contractpartijen. De feitelijke ongelijkheid tussen werknemer en werkgever wordt juridisch door de wetgever en rechtspraak gecompenseerd. Het arbeidsrecht en de daaraan ten grondslag liggende arbeidsovereenkomst kunnen daarom, volgens vele juristen, niet als een verlengstuk van het algemene contractenrecht worden aangemerkt.²⁷

2.3.2.2 *De huurovereenkomst*

Het behoeft geen betoog dat naast werken het wonen als een elementaire levensbehoefte kan worden aangemerkt. Tussen huurders en verhuurders bestaat, net als tussen werknemers en werkgevers, een 'structurele onbalans'.²⁸ Hier bedoel ik mee dat verhuurders aan de ene kant structureel 'sterk' zijn en huurders aan de andere kant als structureel 'zwak' kunnen worden aangemerkt. Huurders, en dan in het bijzonder minder draagkrachtige huurders van woonruimte, zijn vaak zwakker in hun verhouding tot (professionele) verhuurders. Het huurrecht biedt een correctie voor deze onbalans, om misbruik door verhuurders tegen te gaan. Daar komt bij dat huurders in veel gevallen een zwaarwegend belang hebben bij het behoud van hun uit de huurovereenkomst voortvloeiende genot van de huurwoning. Het belang van een huurder om in zijn woning te mogen blijven zitten is vaak zo zwaarwegend, dat verhuurders hierdoor in de verleiding zouden kunnen komen om daar hun voordeel mee te doen. Regelend en aanvullend recht zouden onvoldoende bescherming bieden omdat een verhuurder hier al snel van af zal wijken en een huurder hier noodgedwongen mee in zal stemmen. De zwakke positie van huurders vormt, in combinatie met het belang dat zij hebben bij het behoud van de gehuurde woning, een legitimatie voor huurbescherming.

2.3.2.3 *De pachtovereenkomst*

De reden waarom de regeling van de pachtovereenkomst in aparte regelgeving is opgenomen, is enerzijds het feit dat de positie van de pachter bescherming verdient, terwijl anderzijds de behartiging van het algemeen landbouwbelang in aanmerking dient te worden genomen.²⁹ De strekking van de Pachtwetgeving is dan ook de pachter, die

26 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 23.

27 Zie o.a. M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht. Een bundel opstellen*, Alpen a/d Rijn: Samsom 1951, p. 107-120; C.J. Loonstra, 'Naar een wetboek voor sociaal recht?', *SMA* 1988, p. 549-561.

28 Zie ook J.L.R.A. Huydekoper, 'Waardig over de drempel; het nieuwe huurrecht', *NJB* 2003, p. 1941.

29 T.J. Mellema-Kranenburg, 'Een speurtocht naar het evenwicht tussen pachter en verpachter', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 381.

voor zijn inkomen en huisvesting afhankelijk is van de pachtovereenkomst, met inachtneming van het landbouwbelang te beschermen.³⁰ Ook hier is dus bescherming van de zwakkere partij weer duidelijk het motief voor de inbreuk op de contractvrijheid.³¹

2.3.2.4 Bescherming van de consument

De bijzondere bescherming van de hier besproken figuren hebben uiteindelijk allemaal gestalte gekregen in het Burgerlijk Wetboek. Inhoudelijk houden de dwingendrechtelijke beschermingsregels een belangrijke inperking van de contractvrijheid in. Het bijzondere aan deze beschermingsregels is het feit dat de ‘categorie’ beschermd wordt. De vraag of betrokkenen daadwerkelijk bescherming verdienen, is bij geen van de zwakkere partijen aan de orde. Anders is dat bij de consument. Bescherming van de consument verschilt op enkele punten van de bescherming van de ‘klassieke’ zwakkere partijen. In de eerste plaats is de reikwijdte van de bescherming bijzonder. Iedereen, werkgever en werknemer, verhuurder en huurder, hult zich met enige regelmaat in het kleed van consument.³² Daarnaast is het bijzonder dat het optreden als consument niet beperkt is tot een bepaald terrein of een bepaalde overeenkomst; consumenten kopen, huren, sluiten verzekeringen af en stellen zich borg.

Ook het consumentenrecht houdt zich bezig met ongelijkheidscompensatie. Het richt zich in hoofdzaak op het herstellen van het evenwicht tussen de sterke producenten en leveranciers en de zwakke gebruikers en verbruikers.³³ In de eerste plaats gaat het om de nadelen van contractvrijheid. Omdat de regels van burgerlijk recht voornamelijk van aanvullende aard zijn, mogen partijen afwijken van de wettelijke regels en doen dat ook veelvuldig.³⁴ Dit gebeurt met name in algemene voorwaarden en dan vooral ten nadele van de gebruikers. Dwingendrechtelijke bescherming is hier dan de voor de hand liggende remedie. Daarnaast zijn ook de agressieve handelspraktijken het consumentenrecht een doorn in het oog.³⁵ Consumenten kunnen hierdoor ondoordacht, niet, slecht of zelfs misleidend geïnformeerd, en overhaast handelen en zich ergens aan binden, waar zij bij nader inzien, misschien helemaal geen behoefte aan hadden.

2.3.2.5 (Mogelijke) nieuwe beschermingscategorieën

Doordat het consumentenrecht zich met diverse problemen bezighoudt, die zich bovendien niet tot één specifieke overeenkomst of dienst beperken, is het bereik van de consumentenbescherming alleen al in het Burgerlijk Wetboek erg groot. Zo omvat de consumentenbescherming regelingen met betrekking tot onredelijk bezwarende

30 T.J. Mellema-Kranenburg, ‘Een speurtocht naar het evenwicht tussen pachter en verpachter’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 379-386.

31 Zie uitgebreid G.M.F. Sniijders, Mr. C. Asser’s *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IIB, huur en pacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

32 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 29.

33 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 33.

34 G.J. Rijcken, *Het consumentenrecht in de jaren negentig: een zware taak voor consumentenorganisaties* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 1991.

35 Zie de bijdrage van Merel van Asch, elders in deze bundel.

bedingen, consumentenkoop, reisovereenkomsten, geneeskundige behandelingsovereenkomsten, timesharing, borgtocht, verzekeringen en ga zo maar door. Het is ook juist vanwege dit grote bereik van de consumentenbescherming in ons wetboek dat de vraag aan de orde is of niet ook ‘andere zwakkeren’ bescherming verdienen.³⁶ In dit kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan asielzoekers, allochtonen, echtgenoten, studenten, gehandicapten en bejaarden. In de literatuur wordt de wenselijkheid van al deze nieuwe beschermingscategorieën bediscussieerd.³⁷

2.4 Wanneer verdient paternalisme de voorkeur vanuit de visie van de rechtseconoom?

2.4.1 Wenselijkheid van bescherming van de zwakkere partij

Gezien de in deze bijdrage geschetste ontwikkelingen op het terrein van het contractenrecht, zou men kunnen zeggen dat paternalisme de afgelopen decennia terrein gewonnen heeft en dat dit gepaard is gegaan met een beperking van de inhoudelijke contractvrijheid. Het wordt nu tijd om de wenselijkheid van bescherming van de zwakkere partijen vanuit de rechtseconomie te bekijken. De eerste vraag die ik in dit kader zal bespreken is, of er vanuit rechtseconomisch perspectief überhaupt wel behoefte bestaat aan de afzonderlijke dwingendrechtelijke regels uit met name Boek 7 van ons Burgerlijk Wetboek, of dat met de algemene bepalingen inzake het vermogens- en verbintenissenrecht uit de Boeken 3 en 6 BW kan worden volstaan. Hierna zal ik stilstaan bij de bezwaren die, vanuit rechtseconomisch oogpunt, aan dwingend recht ter bescherming van de zwakkere partij kleven.

2.4.1.1 Behoeft aan dwingend recht

De meeste rechtseconomische auteurs achten het belang van de contractvrijheid erg hoog.³⁸ Vanuit de rechtseconomie worden er veel argumenten aangevoerd om partijen, na een ‘periode’ die vanuit rechtseconomisch oogpunt als paternalistisch kan worden aangemerkt, weer meer zeggenschap te geven over de invulling van hun rechtsverhou-

³⁶ T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 40.

³⁷ Opvallend is dat vele de vraag of zij inderdaad bescherming verdienen bevestigend beantwoorden, echter niet in de zin dat bescherming als categorie noodzakelijk is. Zie bijvoorbeeld S.D. Lindenberg, ‘Bescherming van de “zwakkere”: regelen uitzondering’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 411; N.J.H. Huls, ‘Sterke argumenten om zwakke partijen te beschermen’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 402; A.S. Hartkamp, ‘De taak van de privaatrechtelijke wetgever a invoering van het nieuwe vermogensrecht’, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *Is het nu wat worden zal*, Deventer: Kluwer 1991, p. 101-102.

³⁸ H. Kerkmeester, ‘Rechtseconomische aspecten’, in: P.G.J. van den Berg & W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, SI-EUR-reeks, deel 34, Deventer: Kluwer 2003, p. 359; P.S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, Oxford: Oxford University Press 1995; R. Teijl & R.W. Holzhauser, *Wisselende perspectieven in de rechtseconomie*, Gouda: Quint 1997, p. 199-201.

dingen.³⁹ Het belangrijkste argument hierbij is dat partijen doorgaans het beste weten wat hun voorkeuren zijn en deze preferenties derhalve het beste kunnen worden gerealiseerd door partijen zelf en niet door de wetgever of rechter.⁴⁰

Een eerste indruk is dat een aparte regeling voor bijzondere overeenkomsten, zoals de arbeids- en de huurovereenkomst, met enige argwaan dient te worden bekeken, met name indien een dergelijke regeling tot meer dwingend contractenrecht leidt. Indien we de vraag wanneer dwingend recht moet worden verkozen boven het fundamentele beginsel van contractvrijheid vanuit rechtseconomisch perspectief bekijken, dan leidt dat tot het antwoord dat aan dwingend recht ten eerste behoefte kan bestaan wanneer een overeenkomst negatieve externe effecten heeft. Dat wil zeggen onbeoogde nadelen van derden waar partijen, bij het aangaan van een overeenkomst, geen rekening mee hebben gehouden. Dwingende regelgeving is wellicht ook nodig in gevallen waarin sprake is van ongelijkheid in onderhandelingsmacht, zoals in situaties waarin een partij over een monopoliepositie beschikt op de markt of anderszins de wederpartij voor een fait accompli kan stellen. De problematiek van ongelijke informatie speelt hier met name een grote rol waardoor juridische bepalingen nodig zijn om marktfalen te vermijden.⁴¹

Daarnaast kan dwingend recht noodzakelijk zijn om een internationale uniformiteit of harmonisatie van recht te realiseren, zoals in het kader van de Europese Unie.

Tot slot heeft dwingend recht vanuit rechtseconomisch oogpunt een functie wanneer een van de partijen in mindere of meerdere mate irrationeel is. De handelingsonbekwaamheid van minderjarigen en van degenen die onder curatele zijn gesteld, zijn hiervan het beste voorbeeld. Het is echter ook denkbaar dat zich minder uitgesproken gevallen van lichtzinnigheid voordoen en ook dan kan een rol voor meer specifieke regelgeving zijn weggelegd.⁴²

Een van de misverstanden die heerst ten aanzien van de rechtseconomische benadering van het recht is, volgens Van den Bergh, dat rechtseconomen geen oog zouden hebben voor de bescherming van zwakkere groepen in de samenleving.⁴³ Dit is geenszins het geval aangezien vanuit rechtseconomisch perspectief wel degelijk behoefte kan bestaan aan dwingende regelgeving ter compensatie van ongelijkheid in met name onderhandelingsmacht. Wel is het zo dat het *ex ante* perspectief dat rechtseconomen hanteren, de nadruk legt op mogelijke averechtse effecten van de geboden bescherming waardoor de door klassieke juristen gesuggereerde oplossingen vaak worden bekritiseerd. Hieruit kan echter niet geconcludeerd worden dat bescherming niet nodig is, maar enkel dat andere instrumenten wellicht meer geschikt zijn om de doelstellingen van sociale recht-

39 Zie bijvoorbeeld P.S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford: Oxford University Press 1979.

40 Zie uitgebreid R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005; T. Ulen & R. Cooter, *Law and economics*, Boston: Pearson Addison-Wesley 2004.

41 Zie over de economische functies van dwingend recht uitgebreid M.J. Trebilcock, *The limits of freedom of contract*, Cambridge: Harvard University Press 1993.

42 H. Kerkmeester, 'Rechtseconomische aspecten', in: P.G.J. van den Berg & W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 359.

43 R.J. van den Bergh, *Averechts Recht* (oratie Rotterdam), Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen 2000, p. 9.

vaardigheid te bereiken. Het belastingrecht en het sociale zekerheidsrecht zijn volgens rechtseconomen meer aangewezen instrumenten dan het privaatrecht om een meer billijke verdeling van inkomens en rechten tot stand te brengen.⁴⁴ Indien deze vorm van overheidsoptreden onvoldoende waarborg biedt, zal over kunnen worden gegaan tot het opnemen van regels van dwingend recht ter bescherming van partijen die hieraan behoefte hebben. Een kanttekening die de rechtseconomie hierbij maakt, is dat dwingend recht een zeer grote inbreuk vormt op de contractvrijheid van partijen en dat het om die reden kritisch dient te worden bekeken op mogelijke negatieve effecten.

2.4.2 *Mogelijke negatieve effecten*

Vanuit rechtseconomisch perspectief zijn aan de bescherming van de zwakkere partij door middel van dwingend recht enkele belangrijke potentiële bezwaren verbonden. Ik zal de belangrijkste kort toelichten.

2.4.2.1 *Marktverstoringen*

Het eerste bezwaar tegen dwingend recht ter bescherming van de zwakkere partij, is dat het de aansluiting van vraag en aanbod op de markt verstoort doordat het de vraag vergroot en het aanbod verkleint (of andersom).⁴⁵ Zo heeft ontslagbescherming bijvoorbeeld tot gevolg dat de vraag naar arbeid kleiner wordt en potentiële werknemers minder snel een baan kunnen vinden. Een hoog niveau aan ontslagbescherming verslechtert bovendien de internationale concurrentiepositie voor de industrie.⁴⁶ Het Centraal Plan Bureau (CPB) laat in haar recente studie, 'Reinventing the Welfare State',⁴⁷ zien dat een minder hoog beschermingsniveau in combinatie met meer marktwerking de internationale concurrentiepositie van Nederland zal versterken. Het CPB schetst in haar studie drie mogelijke scenario's voor hervorming van de verzorgingsstaat. Het scenario dat uit gaat van meer individuele verantwoordelijkheid van partijen en alleen ondersteuning biedt aan de allervaksten, zal de grootste stijging van het aantal banen met zich brengen en zal daarnaast de werkloosheid onder laaggeschoolden aanzienlijk doen dalen. In het kader van marktverstoringen kan ook gewezen worden op de consequenties voor de prijs van goederen en diensten. Consumentenbeschermingsmaatregelen als informatieverplichtingen, beperking van vrijtekeningsmogelijkheden en toedeling van risico, brengen kosten met zich mee die de producent, leverancier of dienstverlener in de prijs zal willen doorberekenen. Prijsverhogingen kunnen er op hun beurt toe leiden dat de betrokken goederen of diensten buiten het bereik van de lagere inkomensgroepen blij-

44 L. Kaplow & S. Shavell, 'Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income', *Journal of Legal Studies* 1994, p. 667-681.

45 H.O. Kerkmeester & R.J. Van den Bergh, 'Externe effecten', in: W. Kanning & H.O. Kerkmeester (red.), *Economie en recht*, Groningen: Stenfert Kroese 2004, p. 175.

46 H. Kötz, *European contract law, volume I: Formation, validity and content of contracts; Contract and third parties*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 129.

47 R. de Mooij e.a., *Reinventing the Welfare State*, Rapport van het CPB, <www.cpb.nl/nl/pub/cpbreeksen/bijzonder/60/bijz60.pdf>.

ven.⁴⁸ De oplossing hiervoor lijkt misschien een verbod op doorberekening in de prijs, maar een dergelijk verbod kan het effect hebben dat het aanbod op de markt vervolgens vermindert.⁴⁹

Tot slot is het mogelijk dat partijen proberen de dwingende regels te ontgaan door het recht bewust te omzeilen.⁵⁰ Partijen blijven mogelijk contracteren op de oude voet, onverschillig voor hetgeen de wetgever bepaalt waardoor het verschijnsel van het zwarte contract ontstaat.⁵¹ De praktijk zal proberen om regelingen, waarvan de bescherming als knellend wordt ervaren, te ontlopen waarbij gebruik wordt gemaakt van technieken als 'wegcontracteren' of 'om de bescherming heen contracteren'. Dat dergelijke afspraken niet zijn toegestaan en dat een rechter veelal door zo'n constructie heen zal kijken, wil niet zeggen dat zij in de praktijk niet worden gemaakt. Op die manier schiet de vergaande beperking van de contractvrijheid haar doel alsnog voorbij en kan een zwakkere partij zelfs in een slechtere positie komen te verkeren dan waarin hij in een situatie van contractvrijheid zou zijn geweest.⁵²

2.4.2.2 *Moral hazard*

Ten tweede kunnen zich problemen van moral hazard voordoen. Deze term is een benaming voor het fenomeen dat mensen geneigd zijn om roekelozer gedrag te vertonen indien ze verzekerd zijn. Consumenten die zich beschermd voelen, door veiligheidsmaatregelen of verplichtingen tot informatieverstopping, hebben een verminderde prikkel om voorzichtigheid te betrachten of om zelf op zoek te gaan naar informatie.⁵³

Ook Hartlief waarschuwt voor problemen van moral hazard. Omdat bij een aantal beslissingen niet de eigen verantwoordelijkheid maar die van de wederpartij wordt benadrukt, wordt onzorgvuldig gedrag volgens hem wellicht bevorderd.⁵⁴ Daar komt volgens Mok bij dat de forse groei van het aantal vormvoorschriften en bedenktijden aanleiding kan geven voor het idee dat een contract een minder serieus te nemen avontuur is, althans dat de bindende kracht ervan maar beperkt is.⁵⁵

2.4.2.3 *Averechts recht*

Tot slot kan gewezen worden op het feit dat een opeenstapeling van beschermingsinstrumenten niet per definitie tot meer bescherming hoeft te leiden. Sterker nog: de introductie van nieuwe regelingen kan de werking van reeds bestaande instrumenten doorkruisen en kan daarnaast voor onduidelijkheden omtrent de verhouding tot het al-

48 H. Kötz, *European contract law, volume I: Formation, validity and content of contracts; Contract and third parties*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 129.

49 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 50.

50 H.O. Kerkmeester & R.J. Van den Bergh, 'Externe effecten', in: W. Kanning & H.O. Kerkmeester (red.), *Economie en recht*, Groningen: Stenfert Kroese 2004, p. 175.

51 J.H. Beekhuis, *Contract en contractsvrijheid*, Groningen: Wolters 1953.

52 Bovendien veroorzaken de 'zwarte contracten' verstoringen van de markt.

53 H.O. Kerkmeester & R.J. Van den Bergh, 'Externe effecten', in: W. Kanning & H.O. Kerkmeester (red.), *Economie en recht*, Groningen: Stenfert Kroese 2004, p. 175.

54 T. Hartlief, 'Vrijheid en bescherming in het contractenrecht', *Contracteren* 2003, p. 9.

55 M.R. Mok, *Pacta sunt servanda. Ja toch?* (afscheidsrede Groningen), Deventer: Kluwer 1997.

gemene instrumentarium uit de Boeken 3 en 6 BW zorgen.⁵⁶ Van den Bergh waarschuwt in zijn oratie voor *averechts recht*: ‘effecten die het tegendeel zijn van de door de wetgever beoogde resultaten, alsook neveneffecten van wet- en regelgeving die, ondanks een welvaartsverhogende werking op bepaalde deelterreinen van beleid, tot een netto maatschappelijk verlies leiden’.⁵⁷ Als voorbeeld noemt hij, naast consumentenrecht, aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht onder meer het huurrecht en meer in het bijzonder de bescherming van huurders.

2.5 Casestudy: paternalisme in het huurrecht

2.5.1 *Beperkingen contractvrijheid in het huurrecht*

Van de duurovereenkomsten die ons recht kent zijn de arbeidsovereenkomst en de huurovereenkomst maatschappelijk gezien verreweg de belangrijkste.⁵⁸ Juist bij de beëindiging van deze twee overeenkomsten komt het maatschappelijke belang het sterkst tot uitdrukking. De in ons land bestaande situatie op de arbeids- en woningmarkt heeft ertoe geleid, dat de wetgever in verregaande mate heeft ingegrepen in het burgerlijk recht, teneinde zowel de huurder als de werknemer te beschermen. Dit is in het huurrecht op hoofdlijnen gebeurd door grenzen te stellen aan de huurprijzen en door het beëindigingsrecht van verhuurders te beknotten. De bescherming van de huurder is, gezien zijn economisch zwakkere positie, vanuit het oogpunt van ongelijkheidscompensatie absoluut gerechtvaardigd. De elementaire levensbehoefte van wonen kan niet gewaarborgd worden zonder een zekere vorm van dwingend recht; huurders zouden anders overgeleverd zijn aan de grillen van hun verhuurders.⁵⁹

De rest van deze bijdrage zal in het teken staan van de bescherming van de huurder, waarbij ik mij beperk tot de allerzwakste, te weten de huurder van woonruimte. Met deze case study naar paternalisme in het huurrecht wil ik laten zien, dat ondanks het feit dat bescherming van de zwakke huurder van woonruimte vanuit juridisch oogpunt zeer wenselijk is, het hoge beschermingsniveau ook hier negatieve effecten met zich meebrengt.

Allereerst zal ik de twee belangrijkste beperkingen van de contractvrijheid in het huurrecht, te weten de huurbescherming en de huurprijsbescherming, kort uiteenzetten. Vervolgens zal ik de bescherming van de huurder vanuit rechtseconomisch perspectief analyseren waarbij ik met name aandacht besteed aan de negatieve effecten van ons huidige huurrecht. Tot slot zal ik enkele aanbevelingen doen, die wellicht een oplossing kunnen bieden.

⁵⁶ T. Hartlief, ‘Vrijheid en bescherming in het contractenrecht’, *Contracteren* 2003, p. 9.

⁵⁷ R.J. van den Bergh, *Averechts recht* (oratie Rotterdam), Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen 2000, p. 6.

⁵⁸ P. Abas, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IIA. Huur*, Kluwer: Deventer 2007, nr. 6.

⁵⁹ Zie § 3.2.2: Bescherming van de huurder.

2.5.1.1 *Beperkingen ten aanzien van het eindigen van de huurovereenkomst: huurbescherming bij woonruimte*

In het woonruimterecht zijn er volgens de Hoge Raad maar drie mogelijkheden tot beëindiging van de huurovereenkomst: wederzijds goedvinden, ontbinding en beëindiging.⁶⁰ De eerste spreekt voor zich; huurder en verhuurder kunnen in onderling overleg overeenkomen hun huurovereenkomst te beëindigen. Voor ontbinding is nodig dat de huurder of de verhuurder de op hem rustende verplichtingen niet nakomt. Beëindiging is kort gezegd aan de orde bij wijziging van de belangen van de huurder of verhuurder, hetgeen leidt tot de wens om bevrijd te worden van de huurovereenkomst.

De huurder kan ontbinding van de huurovereenkomst bewerkstelligen indien de verhuurder zijn verplichtingen niet nakomt.⁶¹ Daarnaast kan de huurder de overeenkomst ook beëindigen door opzegging, maar hij moet daarbij wel de voorgeschreven formaliteiten in acht nemen en rekening houden met een aantal beperkingen.

Een verhuurder die van zijn huurder af wil, ziet zich vanwege zijn 'sterkere' positie voor meer problemen geplaatst dan andersom. Ontbinding op grond van het feit dat de huurder zijn verplichtingen niet nakomt (wanprestatie) kan, behoudens het in art. 7:210 BW geregelde geval, slechts door de rechter geschieden.⁶² Anders dan de huurder, kan de verhuurder de overeenkomst dus niet ontbinden door een buitengerechtelijke verklaring.⁶³ Ook bij opzegging (zonder instemming van de huurder) dient de verhuurder beëindiging van de huurovereenkomst bij de rechter te vorderen.⁶⁴ De rechter zal deze vordering alleen toewijzen indien een van de zes in art. 7:274 lid 1 BW genoemde opzeggingsgronden zich voordoet. Dit artikel bevat een strak regime ter beoordeling van de opzeggingsvordering van de verhuurder. Alleen de grond onder f, de zogenaamde belangenafweging hospita kamers, biedt meer vrijheid, maar deze is door zijn aard slechts beperkt toepasbaar. Art. 7:274 lid 1 BW kan in mijn optiek als behoorlijk paternalistisch worden aangemerkt. Het artikel komt er in feite op neer dat de huurovereenkomst niet kan worden beëindigd, als geen van de opzeggingsgronden zich voordoet, ook al zou het belang van de verhuurder evident zwaarder wegen dan dat van de huurder. Het is niet meer dan logisch dat een verhuurder de huurovereenkomst niet al te gemakkelijk kan beëindigen. De opzeggingsregeling is naar mijn mening echter wel heel erg strikt.⁶⁵

2.5.1.2 *Beperkingen ten aanzien van de huurprijs: huurprijsbescherming bij woonruimte*

Bij huurbescherming hoort, als een 'natuurlijke' begeleider, ook bescherming tegen onevenredige opdrijving van de huurprijs. Wat heeft een huurder immers aan het recht

⁶⁰ HR 22 januari 1993, NJ 1993, 216.

⁶¹ Art. 6:267 BW.

⁶² Art. 7:231 lid 1 BW.

⁶³ Een beding in de huurovereenkomst dat de overeenkomst ontbonden zal zijn door het enkele feit dat de huurder in verzuim is, is dan ook nietig aangezien art. 7:231 lid 1 BW van dwingend recht is.

⁶⁴ Art. 7:272 lid 1 BW.

⁶⁵ Zie in dit verband ook J.L.R.A. Huydecoper, 'Wat deugt er niet aan het huurrecht?', *WR* 2007, p. 178.

op een voortgezet woongenot, als hij niet behoed wordt voor een aanzienlijke verhoging van de huurprijs? Volgens de memorie van toelichting is een strikte scheiding van het huurrecht en het huurprijzenrecht onmogelijk en onwenselijk aangezien de huurprijs een van de essentialia van de huurovereenkomst is.⁶⁶

Het doel van het huurprijzenrecht woonruimte is de discrepanties tussen de huurprijs en de werkelijke (markt)waarde te bestrijden. De beschermingsgedachte werd en wordt ingegeven door schaarste op de woningmarkt en de hoge subjectieve waarde die een te huren woning voor een aanstaande huurder heeft.⁶⁷ Huurprijnsbescherming is met name van belang voor de huurder met een smalle beurs die op goedkopere huurwoningen is aangewezen. Kwalitatief goede woningen zijn in deze categorie erg schaars. Op de vrije markt zou de vraag naar deze woningen een prijsopdrijvend effect hebben waardoor zij wellicht buiten hun bereik zouden komen.⁶⁸

De huurwoningen in Nederland zijn op te splitsen in een gereguleerd en een geliberaliseerd deel. Het huurprijzenrecht voor woonruimte⁶⁹ bestaat in het gereguleerde segment voornamelijk uit een samenstel van regelingen inzake de toetsing van aanvangshuurprijzen en de eenzijdige wijziging van geldende huurprijzen.

Een verhuurder kan op grond van art. 7:251 BW in beginsel, maximaal eenmaal per jaar, eenzijdig een verhoging van de huurprijs bewerkstelligen.⁷⁰ De huurprijs kan dan op grond van de indexeringsregeling ex art. 7:248 BW worden verhoogd.⁷¹ In het algemeen wordt met indexering van de huurprijs een aanpassing van de huurprijs bedoeld, die is gekoppeld aan het CBS consumenten prijsindexcijfer. Een dergelijke verhoging is daarbij in zoverre aan banden gelegd, dat zij niet tot een hogere verhoging van de huurprijs kan leiden dan het op dat moment geldende maximale huurverhogingspercentage, dat door het ministerie van VROM is vastgesteld. De wijze van berekening en de maximale huurverhogingspercentages veranderen veelvuldig. Ze zijn te vinden in het jaarlijks verschijnende circulaire Huurbeleid.⁷²

Het geliberaliseerde huursegment telt minder regels. Of een huurovereenkomst geliberaliseerd is, hangt af van de aanvangshuurprijs (de eerste huurprijs) van de huurovereenkomst.⁷³ Indien bij de aanvang van de bewoning een huurprijs wordt overeengekomen boven de op dat moment geldende liberalisatiegrens, dan zijn de huurprijnsregels niet

66 *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 2.

67 Z.H. Duijnste-van Imhoff, *Huurrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 103.

68 Z.H. Duijnste-van Imhoff, *Huurrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 103.

69 Het huurprijzenrecht woonruimte is te vinden in Titel 7.4.5 onderafdeling 2 BW, in de Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte (Uhw), in het Besluit huurprijzen woonruimte (BHM) en in de bijbehorende AMvB's.

70 Art. 7:251 BW.

71 Hetzij op grond van een beding in de huurovereenkomst dat in deze wijziging voorziet, hetzij indien een dergelijk beding niet van kracht is, op de wijze als voorgeschreven in de art. 7:252 en 253 BW.

72 In het coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en Christen Unie van 7 februari 2007 is afgesproken dat de stijging van de huren zal worden gekoppeld aan de inflatie. Voor de periode 1 juli 2008 tot en met 30 juni 2009 zal het maximale huurverhogingspercentage gelijk zijn aan het inflatiepercentage over 2007, te weten 1,6%.

73 De liberalisatiegrens vanaf 1 juli 2008 is 631,73 euro per maand.

op de huurovereenkomst van toepassing.⁷⁴ Er geldt dus geen maximale huurverhoging voor geliberaliseerde huurovereenkomsten.

2.5.2 *Rechtseconomische analyse van het huurrecht*

Diverse landen over de hele wereld hebben wetgeving ontwikkeld die de huurprijs, die verhuurders aan hun huurders in rekening mogen brengen voor het gebruik van hun eigendom en service, aan banden heeft gelegd.⁷⁵ Deze wetgeving heeft de strekking om huurders te beschermen tegen onrechtvaardige stijging van de huurprijzen, met name indien de verhuurder hen zou kunnen dwingen om het pand te verlaten. De meeste huurwetgeving is tot stand gekomen ten tijde van extreme tekorten aan huizen, met name in oorlogstijd of gedurende periodes van hyperinflatie.⁷⁶

Diverse rechtseconomen waarschuwen voor de averechtse effecten van bescherming van de huurder.⁷⁷ Hun scepsis betreft vooral het volledig bevriezen van de huurprijs, de zogenaamde *first generation* of ook wel *hard controls*. Het vaststellen van maximale huurprijsstijgingen en het toekennen van additionele rechten aan huurders, beter bekend als *second generation* of *soft controls*, brengen echter ook negatieve effecten met zich mee.⁷⁸

Regulering van de huurwoningmarkt heeft tot doel de beschikbaarheid van woonruimte ook voor lagere inkomens veilig te stellen. Arnott toont in zijn onderzoek echter aan dat het bevriezen, dan wel reglementeren van de huurprijzen, niet automatisch ten goede komt aan de zwakkere groepen in de samenleving.⁷⁹ De onmogelijkheid om hogere kosten, van bijvoorbeeld onderhoud of belastingen, door te berekenen in de huurprijs leidt tot een verminderd aanbod van woonruimte.

Indien de huurprijzen kunstmatig onder de marktprijs worden gehouden, profiteren de zittende huurders daar het meest van. Hoe langer zij in de gereguleerde huurwoning blijven zitten, hoe groter hun voordeel is. Hierdoor loopt het aanbod terug voor degene

74 Art. 7:247 BW. Op de buitentoepassingverklaring van de huurprijsbepalingen geldt een aantal uitzonderingen waarvan art. 7:249 BW de belangrijkste is. De huurder kan namelijk op de voet van dit artikel de redelijkheid van een huurprijs boven de liberalisatiegrens laten toetsen.

75 W.Z. Hirsch, 'Renting', in: B. Bouckaert & G. De Geest, *Encyclopedia of law and economics, volume 3, The regulation of contracts*, Aldershot: Edward Elgar, 2000, p. 911.

76 W.Z. Hirsch, 'Renting', in: B. Bouckaert & G. De Geest, *Encyclopedia of law and economics, volume 3, The regulation of contracts*, Aldershot: Edward Elgar 2000, p. 911.

77 Zie bijvoorbeeld: W.Z. Hirsch, 'Renting', in: B. Bouckaert & G. De Geest, *Encyclopedia of law and economics, volume 3, The regulation of contracts*, Aldershot: Edward Elgar, 2000, p. 903-940; R. Arnott, 'Time for revisionism on rent control?', *Journal of Economic Perspective* 1995; K. Basu & P.M. Emerson, 'Efficiency pricing, tenancy rent control and monopolistic landlords', <<http://ssrn.com/abstract=290831>>; R.S. Radford, 'Why rent control is still a regulatory taking', <<http://ssrn.com/abstract=660341>>.

78 W.Z. Hirsch, 'Renting', in: B. Bouckaert & G. De Geest, *Encyclopedia of law and economics, volume 3, The regulation of contracts*, Aldershot: Edward Elgar 2000, p. 911; D.L. Mengle, *Rent control and housing quality: An empirical analysis of the effect of second generation rent controls on the quality of rental housing* (dissertatie), Harvard Law School, 1983.

79 R. Arnott, 'Time for revisionism on rent control?', *Journal of Economic Perspective*, 1995, p. 99-120.

die op zoek zijn naar een woning. Verhuurders zullen zo veel mogelijk op zoek gaan naar huurders die een laag risico met zich meebrengen. Arme huurders met jonge kinderen en grote families hebben meer moeite om een woning te vinden omdat het risico dat zij schade toebrengen aan de woning groter is. De verhuurder zal dan meer kosten aan reparaties en onderhoud kwijt zijn en dat probeert hij zo veel mogelijk te vermijden. De gereguleerde huurprijzen leiden tot een lagere mobiliteit van huurders en daarom ook van werknemers. Er ontstaan grijze en zwarte huurmarkten.

Aangezien verhuurders minder opbrengsten hebben dan bij een markthuurprijs, zullen ze minder investeren in het onderhoud van de woningen. Hoewel door de huurprijsreglementering prijsstijgingen op de korte termijn kunnen worden vermeden, zal een groot aantal van de geboden woondiensten in kwaliteit dalen of helemaal niet meer worden aangeboden. Mingle heeft in zijn onderzoek naar de effecten van huurprijsreglementeringen aangetoond dat de aangeboden kwaliteit ten gevolge van de huurprijsreglementeringen op lange termijn met maar liefst 13,9% daalt en dat dit vooral in het nadeel van sociaal minder sterke groepen is (kwaliteitsdalingen tot 26,6%).⁸⁰ Hier worden duidelijk averechtse effecten op het vlak van de verdelende rechtvaardigheid gecreëerd.

De huurprijsreglementering is rechtseconomisch gezien bovendien inefficiënt; de verliezen van de verhuurders overstijgen de winsten van de huurders.⁸¹ Door meer marktwerking op de woningmarkt kan de efficiëntie volgens Van den Bergh worden bevorderd.⁸² Liberalisatie zal echter onvermijdelijk tot hogere prijzen leiden. Dit kan volgens rechts-economen echter vermeden worden door het marktmechanisme bij te sturen door middel van subsidiëring van nieuwbouw en woningverbetering van bestaande woningen.⁸³

2.5.3 *Averechtse effecten in Nederland*

Het huidige stelsel van huurprijsbescherming bestaat al bijna dertig jaar in ons recht. Er is in de loop van de tijd wel het een en ander gewijzigd, maar deze wijzigingen zijn met name variaties op hetzelfde thema. Door deze vele wijzigingen is een haast onleesbaar geheel, een lappendeken, ontstaan.⁸⁴ In de literatuur wordt de ingewikkeldheid en de (over)gedetailleerdheid van de huidige regelgeving als een belangrijk knelpunt van het huurprijzenrecht woonruimte gezien.⁸⁵

De goede bedoelingen van de overheid, met betrekking tot de beschikbaarheid van betaalbare huurwoningen voor de lagere inkomensgroepen, hebben in het huurrecht geleid tot een opeenstapeling van wet- en regelgeving en financiële instrumenten. De

80 D.L. Mingle, *Rent control and housing quality: An empirical analysis of the effect of second generation rent controls on the quality of rental housing* (dissertatie), Harvard Law School, 1983.

81 R.P. Rydell e.a., 'Analyzing rent control: the case of Los Angeles', *Economic Inquiry* 1991, p. 618, <http://www.ucl.ac.uk/dpup/projects/Global_Reports/pdfs/LA.pdf>.

82 R.J. van den Bergh, *Averchts recht* (oratie Rotterdam), Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen 2000, p. 13.

83 D. Furth, W. Kanning & G. Plug, 'Volkomen concurrentie', in: W. Kanning & H.O. Kerkmeester (red.), *Economie en recht*, Groningen: Stenfert Kroese 2004, p. 66.

84 H.M. Hielkema, 'Huurprijzenrecht voor woonruimte', *WR* 2002, p. 291 e.v.

85 H.M. Hielkema, 'Blauwdruk voor een geheel nieuwe huurprijsregulering voor woonruimte; wat deugt er niet aan het huurprijzenrecht en hoe kan het beter?', *WR* 2007, p. 244 e.v.

paradox is volgens Van Hoek dat deze deels tegen elkaar inwerken en dat ze een goede werking van de markt belemmeren.⁸⁶ Door de ruimtelijke ordening en vanwege de hoge kwaliteitseisen aan nieuwe woningen wordt het aanbod te zeer beperkt, hetgeen de prijs van woningen opdrijft. Teneinde die woningen toch betaalbaar te houden, zorgt de overheid voor huurregulering en huursubsidie. Dit beleid leidt tot segmentering van de woningmarkt waardoor mensen met lage inkomens worden geconfronteerd met een zogenaamde 'huurval', wat inhoudt dat ze alleen nog maar kunnen huren.⁸⁷

Door de huurregulering is de doorstroming vanuit de sociale gereguleerde huurwoningen gering, waardoor deze huurwoningen worden bewoond door mensen die niet tot de doelgroep behoren. Bij het betrekken van de huurwoning wordt weliswaar een inkomenstoets uitgevoerd, maar de bewoners kunnen ook bij een gunstige inkomensontwikkeling blijven profiteren van de subsidie op de woning. Zoals Arnott al eerdere aantoonde, zijn het ook in Nederland met name de zittende huurders die het meest van de huurprijsbescherming profiteren.⁸⁸ Ter indicatie; van de Nederlandse huishoudens woont ruim 40% in gereguleerde huurwoningen.⁸⁹ Maar liefst de helft van deze woningen wordt bewoond door huishoudens die niet tot de 'officiële doelgroep'⁹⁰ behoren. Hierdoor zijn er wachtlijsten ontstaan voor mensen voor wie de sociale woningen wel waren bedoeld. De wachttijden voor deze huurwoningen kunnen in de grote steden zelfs oplopen tot acht jaar.⁹¹

2.5.4 Mogelijke oplossingen

2.5.4.1 Eigen aanbevelingen

Zoals in § 5.2 en § 5.3 reeds aan de orde is gesteld, zorgt ons huidige huurrecht voor stagnering van de huurmarkt. Volgens rechtseconomen kan de efficiëntie op de woningmarkt worden bevorderd door meer marktwerking. Liberalisatie van het huurprijzenrecht is vanuit hun optiek noodzakelijk om de doorstroming van huurders te bevorderen, de wachtlijsten te verminderen en de kwaliteit van de woningen te verbeteren. In dit kader wil ik kort enkele aanbevelingen doen ten aanzien van mogelijke aanpassingen aan het huurbeleid.

2.5.4.2 Experimentenwet liberalisering Huurprijzen

Het huurprijzenrecht is zeer politiek gevoelig recht. In december 2006 werden, als gevolg van de uitslag van de verkiezingen, de voorstellen van de Wet Modernisering Huurbeleid

86 T.H. van Hoek, 'Beleid en woningmarkt', *ESB*, 4 november 2005, p. 481.

87 J.W. Oosterwijk, 'Naar een open economie', *ESB*, 13 januari 2006, p. 6.

88 R. Arnott, 'Time for revisionism on rent control?', *Journal of Economic Perspective* 1995, p. 99-120. Zie ook § 5.2.

89 <[http://www2.vrom.nl/infowonen/docs/Woningvoorraadgegevens%202006%20\(Syswov\).pdf](http://www2.vrom.nl/infowonen/docs/Woningvoorraadgegevens%202006%20(Syswov).pdf)>.

90 Hiermee bedoel ik huurders die, vanwege een inkomensstijging, bij een eventuele nieuwe inkomenstoets in een duurder huursegment zouden vallen.

91 T.H. van Hoek, 'Beleid en woningmarkt', *ESB*, 4 november 2005, p. 481.

en de Interimwet Betaalbaarheidsheffing controversieel verklaard.⁹² Gezien de huidige regering ziet het er ook niet naar uit dat het in de nabije toekomst tot een definitieve oplossing voor de problemen op de huurmarkt zal komen, terwijl dat in mijn optiek wel noodzakelijk is. Hoe langer de huidige situatie in stand wordt gehouden, hoe groter de problematiek immers zal worden.

In het licht van het feit dat het moeilijk te voorspellen is hoe huurders en verhuurders daadwerkelijk zullen reageren op (een vorm van) liberalisering van het huurprijzenrecht en het feit dat het in het huidige politieke klimaat niet snel tot een definitieve volledige modernisering van het huurbeleid zal komen, lijkt het mij een goed uitgangspunt om hier gebruik te maken van een Experimentenwet. In het verleden is hier al een aantal malen op diverse terreinen mee geëxperimenteerd, om zo inzicht te verkrijgen in de mogelijke effecten van aanpassing van bestaande wetgeving.⁹³

In mijn ogen zou het hier moeten gaan om een Experimentenwet die het mogelijk maakt om gedurende een afgebakende periode in bepaalde gebieden, uiteraard onder nader te ontwikkelen strikte voorwaarden, te experimenteren met liberalisering van de huurprijs. Indien de experimenten een gunstige invloed hebben op de huurmarkt in de aangewezen gebieden, kan het aldaar gevoerde beleid wellicht in de toekomst in een definitieve aanpassing van het gehele huurprijzenrecht resulteren. Vanzelfsprekend dienen wel eerst een aantal voorwaarden te worden ontwikkeld, waar minimaal aan moet worden voldaan, wil een verhuurder van het huidige huurprijzenrecht mogen afwijken en over mogen gaan tot liberalisering van de huurprijzen. Door daadwerkelijk te experimenteren met liberalisering van de huurprijs kan pas echt een betrouwbaar beeld worden gevormd. Daarbij is specifiek empirisch onderzoek naar de Nederlandse (huur)woningmarkt noodzakelijk.⁹⁴ Hier ligt een belangrijke uitdaging voor rechts-economen in de komende tijd.

2.5.4.3 *Open belangenafweging bij art. 7:274 lid 1 BW*

Naast liberalisering van de huurprijs wil ik graag pleiten voor een meer open belangenafweging, waarbij het belang van de huurder bij voortzetting van zijn huurgenot moet worden afgewogen tegen de belangen die verhuurder heeft bij de ontruiming van de woning. De bepalingen inzake de beëindiging van de huurovereenkomst door de verhuurder ex art. 7:274 lid 1 BW zijn duidelijk geschreven ter bescherming van de zwakkere huurder. Het op een beperkt aantal opzeggingsgronden gebaseerde systeem van huurbescherming laat naar mijn mening te weinig ruimte voor waardering van de belangen van de verhuurder. De keuze van de wetgever om de in art. 7:274 lid 1 BW genoemde opzeggingsgronden extra gewicht te geven en andere belangen uit te sluiten schept in mijn ogen het risico van arbitraire uitkomsten.⁹⁵ Naar mijn mening zou de beëindigingsregeling niet verder moeten gaan dan alleen het voorschrijven van een be-

⁹² Wetsvoorstel 30 595.

⁹³ Bijvoorbeeld de Experimentenwet Onderwijs, de Experimentenwet Kiezen Op Afstand of de meer recente Experimentenwet Bedrijfgericht Gebiedsverbetering.

⁹⁴ Zie in dit kader ook T.H. van Hoek, 'Beleid en woningmarkt', *ESB*, 4 november 2005, p. 481.

⁹⁵ Zie in dit verband ook J.L.R.A. Huydecoper, 'Wat deugt er niet aan het huurrecht?', *WR* 2007, nr. 6, p. 172-179.

langenafweging, waarbij de rechter, alle omstandigheden van het geval in acht nemend, een afweging moet maken tussen de belangen van de huurder en de verhuurder. Daarbij zal het elementaire woonbelang van de huurder uiteraard vaak zwaarder wegen dan het belang van de verhuurder bij opzegging, maar niet altijd! Een open belangenafweging tussen de legitieme belangen van de verhuurder en de huurder, zal sneller tot een eerlijke uitkomst leiden terwijl het de contractvrijheid ook meer ten goede komt.

2.5.5 Europese grens aan huur(prijs)bescherming

Tussen de huurbescherming en de huurprijsbescherming bestaat naast een verband ook een wisselwerking. Naarmate de huurprijsbescherming tot onredelijke uitkomsten leidt, gaat ook de huurbescherming meer knellen. Een verhuurder die goede huurders heeft en een behoorlijk rendement realiseert, heeft niet zo snel een zwaarwegend belang bij beëindiging van de huurrelatie. Voor de verhuurder die financieel tekort wordt gedaan, ligt dat anders. Er wordt van hem verlangd dat hij een hem onwelgevallige huurder huurgenot blijft verschaffen tegen een prijs die niet aan de waarde van de prestatie beantwoordt.

In het licht van de wisselwerking tussen huur- en huurprijsbescherming wil ik tot slot nog op een uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 22 februari 2005 in een Poolse kwestie wijzen, die mogelijk ook repercussies heeft voor de Nederlandse huurrechtpraktijk.⁹⁶ In een notendop ging het in deze zaak om het volgende. Er bestond in Polen strenge huurwetgeving die terug te voeren was tot het begin van het communistische bewind. Deze wetgeving werd ingegeven door de moeilijke situatie op de huizenmarkt waarop een groot tekort aan betaalbare huurwoningen bestond. In de loop der tijd waren er weliswaar wijzigingen in die wetgeving aangebracht, maar de slechte situatie op de huurmarkt bleef en de grip van de overheid ook. Het resultaat is dat er nog altijd beperkingen bestaan ten aanzien van de beëindiging van huurcontracten en ten aanzien van de hoogte van de huurprijs en de mogelijkheden die te verhogen, net als in Nederland het geval is. Een nieuwe wet uit 2000 staat slechts een huurverhoging toe tot maximaal 3% van de 'reconstructiewaarde' van het betreffende pand. Naar aanleiding van deze wet wordt bij het Europese Hof een klacht ingediend over de onmogelijkheid om het gebruik van een verhuurd pand te herkrijgen dan wel om een voldoende huurprijs in rekening te mogen brengen waaruit ten minste de onderhoudskosten van het pand kunnen worden bestreden. Het Hof verklaart de klacht gegrond. Het Hof herhaalt eerst eerdere jurisprudentie, die inhoudt dat inmenging op het recht van eigendom door de overheid gerechtvaardigd is, indien er aan een aantal vereisten is voldaan. De inmenging moet wettig zijn, de inmenging moet een legitiem doel dienen en bovendien moet er een proportionele verhouding bestaan tussen maatregel en doel (een *fair balance* tussen algemeen en individueel belang).

Het Hof oordeelt dat er in deze Poolse zaak niet aan het criterium van de proportionele verhouding is voldaan. Aan het feit dat de moeilijke woningsituatie in Polen noodzaakt tot een vorm van huurbescherming en huurprijsbescherming, doet het Hof niet af, maar

⁹⁶ EHRM 22 februari 2005, zaak 35014/97. Voor een samenvatting van de uitspraak in de Nederlandse taal zie *NJB* 2005, 338.

daarin bestaat volgens het Hof geen rechtvaardiging voor het voortdurende nalaten van de autoriteiten, om gedurende deze periode te waarborgen dat land- en huiseigenaren de kosten voor onderhoud vergoed krijgen, om nog niet te spreken van een minimum-winst van de verhuur van hun eigendom.

Het is niet geheel ondenkbaar dat zich in Nederland ook situaties voordoen waarin de huur(prijs)bescherming tot gevolg heeft dat de verhuurder verlies lijdt op de exploitatie van de betreffende huurwoning. Er dient in dit kader te worden onderzocht of er in de Nederlandse wetgeving een proportionele verhouding, een fair balance, bestaat tussen het algemene belang, zijnde de noodzaak tot huur(prijs)bescherming van de huurder, en het individuele belang, zijnde de waarborg dat de verhuurder tenminste de kosten van onderhoud van de verhuurde woning vergoed krijgt, dan wel een minimum winst uit de verhuur kan genereren. Indien dit niet het geval is, zou een regeling geïntroduceerd moeten worden die het in dergelijke gevallen mogelijk maakt om, ofwel de huurprijs zodanig te verhogen dat de verhuurder geen verlies lijdt c.q. een redelijk rendement behaalt, ofwel de huurovereenkomst te beëindigen.⁹⁷ Op grond van de huidige opzeggingsregeling ex art. 7:274 lid 1 BW zal beëindiging van de huurovereenkomst niet zomaar mogelijk zijn. Een meer open belangenafweging, waarbij het belang van de verhuurder om geen verlies meer te lijden, kan worden afgewogen tegen het woonbelang van de betreffende huurder, biedt hier wellicht een oplossing voor. Indien de huurprijs wordt geliberaliseerd, zal dit probleem echter waarschijnlijk helemaal nooit ter sprake komen. De kans dat een verhuurder verlies lijdt of maar weinig rendement behaalt, is dan namelijk nog maar erg klein.

2.6 Conclusie: paternalisme versus autonomie in het contractenrecht: de juridische of economische visie?

Waar juristen sterk de nadruk leggen op de rechtvaardige oplossing in een individueel geval, hebben rechtseconomen meer oog voor te verwachten welvaartseffecten en mogelijke negatieve effecten van beleidsmaatregelen. Dit verklaart de verschillen in oplossingen ten aanzien van hetzelfde probleem. Geen van beide partijen kan volledig in het gelijk worden gesteld. Zowel vanuit juridisch als uit rechtseconomisch perspectief kan er behoefte bestaan aan dwingend recht ter bescherming van de zwakkere partij. Rechts-economen waarschuwen voor de negatieve effecten van paternalisme in het contractenrecht maar geven geen concreet antwoord op de vraag waar de grens zou moeten liggen. Het is naar mijn mening bijna onmogelijk om een concreet antwoord te geven op de vraag wanneer paternalisme moet worden verkozen boven autonomie in het contractenrecht. Bescherming van de klassieke zwakkere partij door middel van dwingend recht is in sommige gevallen noodzakelijk. De elementaire levensbehoeften van wonen en werken zouden niet gegarandeerd kunnen worden zonder zekere vorm van dwingend recht. De afweging tussen paternalisme en autonomie zal hier sneller in het voordeel van paternalisme uitvallen.

⁹⁷ H.M. Hielkema, 'Blauwdruk voor een geheel nieuwe huurprijsregelgeving voor woonruimte; wat deugt er niet aan het huurprijzenrecht en hoe kan het beter?', *WR* 2007, nr. 6, p. 245.

De gedachte van bescherming van de zwakkere partij, heeft vandaag de dag echter al lang niet meer alleen betrekking op de elementaire levensbehoeften, maar strekt zich uit over tal van andere activiteiten die het welzijn van de mens aangaan zoals reizen, beleggen of het handelen op de elektronische snelweg. Deze nieuwe activiteiten worden al snel aan een wettelijk of jurisprudentieel regime onderworpen, waarbij niet alleen gebruik wordt gemaakt van dwingend recht, maar ook van informatie- en waarschuwingsverplichtingen, vormvoorschriften en bedenktijden, zonder dat er van tevoren goed stil wordt gestaan bij de mogelijke negatieve effecten die al deze nieuwe beschermingsmaatregelen met zich mee (kunnen) brengen.

Rechtseconomische analyses zijn goed geschikt om na te gaan of de doelstellingen van de wetgever kunnen worden gerealiseerd en daarnaast kunnen zij inzicht verschaffen in mogelijke negatieve effecten van wetgeving. Ten aanzien van de nieuwe categorieën beschermenswaardige partijen dient, in mijn optiek, juist autonomie meer de bovenaan te voeren. De wetgever zal zich, met het oog op de nadelige effecten van de opeenstapeling van beschermingsinstrumenten, moeten afvragen of nog meer vergaande bescherming echt wel nodig is.

Ook indien evident duidelijk is dat paternalisme noodzakelijk is ter bescherming van de zwakkere partij, is enige terughoudendheid vereist. De rechtseconomische analyse van het huurrecht van woonruimte laat immers zien dat te veel bescherming verstikkend kan werken. Toch is ook ten aanzien van de rechtseconomie enige terughoudendheid vereist. Rechtseconomen hebben immers ook niet alle wijsheid in pacht; het is niet helemaal zeker dat liberalisatie van de huurmarkt daadwerkelijk de doorstroming van huurders zal bevorderen.

De enige manier om te toetsen of afschaffing van de huurprijsbescherming daadwerkelijk de oplossing biedt, is door het gewoon te proberen. Misschien dat een Experimentenwet Liberalisering Huurprijzen hier de oplossing kan bieden, zodat een politiek gevoelige knoop na al die jaren eindelijk kan worden doorgehakt.

III Wettelijke bedenktijd in het consumentenrecht: ratio en realiteit

Noëlle Bynoe

De bedenktijdregeling is sinds haar invoering onderwerp geweest van discussie. Veelal wordt de gerechtvaardigdheid van het beschermingsinstrument in twijfel getrokken. Immers, afspraak is afspraak en de consument is toch zelf aanwezig bij het sluiten van de overeenkomst?

In deze bijdrage wordt de bedenktijdregeling als instrument van consumentenbescherming onder de loep genomen en wordt enige afstand genomen van de vraag of dit een gerechtvaardigd instrument is.

Centraal staat de vraag wat de ratio is van de bedenktijdregeling en hoe effectief zij in realiteit blijkt. Het is duidelijk dat de wetgever met de invoering van de bedenktijdregeling bescherming beoogt te bieden. De consument die onder invloed van een tekort aan informatie of vanwege een gebrek aan weerstand (veroorzaakt door agressieve verkooptechnieken), een overeenkomst sluit, moet in de bedenktijd tot een heroverweging kunnen komen. Aan de hand van inzichten uit de psychologie wordt geconcludeerd dat het informatietekort en het gebrek aan weerstand reële problemen zijn waartegen de consument zich niet kan wapenen. Paternalisme in de zin van consumentenbescherming is derhalve noodzakelijk. Hoe effectief de bedenktijdregeling als instrument van consumentenbescherming is, zal worden getoetst aan drie criteria: de bekendheid, duur en laagdrempeligheid van de bedenktijdmijnen. De conclusie die daaruit voortvloeit, is dat de effectiviteit van de bedenktijdregeling nog niet optimaal is. De informatieplicht van de verkoper die inhoudt dat hij het recht op bedenktijd moet mededelen wordt niet goed nageleefd, en de bedenktijdmijnen zijn voor bepaalde overeenkomsten te kort. Daar komt bij dat hoewel de bedenktijdregeling is ontdaan van juridische drempels (ontbinding zonder opgave van redenen en een vormvrije ontbindingsverklaring), psychologische drempels een beroep op bedenktijd in de weg kunnen staan. Ingegaan wordt op 'cognitieve dissonantiereductie', de 'confirmation bias' en de 'status quo bias'. Aan het slot van de bijdrage wordt een aantal aanbevelingen gedaan die de effectiviteit van de bedenktijdregeling kunnen bevorderen. Empirisch onderzoek naar consumentengedrag blijkt in het licht van de bevindingen uit deze bijdrage van essentieel belang voor de effectiviteit van de bedenktijdregeling.

3.1 Inleiding

‘Ik denk er nog even over na’, is een door menig consument¹ gebruikte – en door de verkoper veelal gehekeld² – tekst tijdens het winkelen. De consument gaat niet over één nacht ijs wanneer het gaat om het doen van een aankoop, maar hij gunt zichzelf de tijd voldoende informatie te verzamelen op basis waarvan kan worden overgegaan tot het maken van een weloverwogen keuze. Er zijn echter legio situaties waarin bovengenoemde tekst onuitgesproken blijft en de consument op basis van te weinig (relevante) informatie over de overeen te komen prestatie of onder druk van de verkoper een overeenkomst sluit. Een interessante vraag is of het in die situaties wenselijk en bovenal noodzakelijk is dat de wetgever³ ingrijpt en ervoor zorgt dat de consument, hoewel niet door hemzelf voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst opgeworpen, bedenktijd krijgt om zich te beraden. Het feit dat deze door de wetgever bepaalde bedenktijd, in tegenstelling tot de door de consument zichzelf opgelegde bedenktijd, aanvangt op het moment dat de overeenkomst reeds is gesloten, maakt deze vraag lastig te beantwoorden. Het antwoord kan slechts worden gevonden door de afweging te maken welk fundamenteel beginsel van het contractenrecht aan onverkorte gelding moet inboeten. Het beginsel *pacta sunt servanda*, hetgeen betekent dat overeenkomsten nagekomen dienen te worden, valt lastig te rijmen met bedenktijd als middel van consumentenbescherming. Ook de beginselen van contractsvrijheid en autonomie van partijen worden door de bedenktijdregeling beperkt, gezien de dwingendrechtelijke⁴ bepalingen die op de regeling van toepassing zijn.

Hier staat tegenover dat het thema ongelijkheidscompensatie door de jaren heen steeds meer terrein heeft gewonnen.⁵ De gedachte is dat de zwakkere partij, zoals de consument, moet worden beschermd, hetgeen paternalistisch optreden en daarmee een inbreuk op de autonomie juist rechtvaardigt.

In deze bijdrage wordt ingegaan op bedenktijd als instrument van consumentenbescherming. Uit de titel kan reeds worden opgemaakt dat de insteek tweeledig is: wat is de *ratio* van de bedenktijdregeling en hoe effectief is zij in *realiteit*?

Ter beantwoording van de eerste vraag, zal in § 3 worden nagegaan voor welke consumentenovereenkomsten een wettelijke bedenktijdregeling geldt, en zal worden uiteengezet welke doelen de wetgever met de bedenktijdregeling wil verwezenlijken. In § 4 wordt vanuit een breder gezichtspunt naar consumentenbescherming gekeken en aan de hand van inzichten uit de psychologie de vraag beantwoord in hoeverre paternalisme

1 In deze bijdrage wordt met het begrip consument de natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf bedoeld. Met dank aan mr. I.L. Limburg voor de door haar aangebrachte nuanceringen.

2 <www.verkopersonline.nl/vko_crm/vaardigheden/709/ik_denk_er_nog_even_over_na.html>.

3 In het kader van de leesbaarheid van deze bijdrage, zal ook waar het gaat om de Europese regelgever worden gesproken van ‘wetgever’.

4 Van de bepalingen kan niet ten nadele van de consument worden afgeweken. Zie artikelen 7:46j, 7:48g en 7:2 BW.

5 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 2004, p. 29. Zie ook J.G.J. Rinkes, ‘Tien jaar ongelijkheidscompensatie in het consumentenrecht. Verdelende rechtvaardigheid, marktwerking en (zelf)regulering’, *Sociaal recht* 1996, p. 306-312.

in de zin van consumentenbescherming noodzakelijk is, om de problemen aan te pakken waarvoor de bedenktijdregeling een oplossing moet bieden. In § 5 wordt een brug geslagen naar de leer van de wilsgebreken en zal worden ingegaan op de verhouding tussen dit klassieke leerstuk en de bedenktijdregeling, mede ter beantwoording van de vraag hoe oneigenlijk een inbreuk op *pacta sunt servanda* is.

Ter beantwoording van de tweede vraag zal in § 6 aan de hand van drie criteria de effectiviteit van bedenktijd als instrument van consumentenbescherming worden getoetst. Aandacht zal worden besteed aan de bekendheid en laagdrempeligheid van bedenktijd, alsmede de duur van de bedenktijdtermijnen. De laagdrempeligheid zal worden beschouwd vanuit psychologisch perspectief. De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie in § 7.

3.2 Bedenktijd als juridische figuur

Alvorens de in de inleiding geschetste leidraad op te pakken volgt een korte toelichting op de juridische figuur bedenktijd. De bedenktijd wordt in de literatuur ook wel 'afkoelingsperiode' genoemd.⁶ Hoewel deze term weliswaar iets zegt over het door deze figuur te vervullen doel, zal in onderhavige bijdrage worden gesproken over bedenktijd. Dit omdat de wettelijk gegunde termijn niet slechts dient om de consument te laten afkoelen, maar ook de mogelijkheid biedt om tot een heroverweging te komen.⁷ Bovendien kan gebruik van de term afkoelingsperiode tot verwarring leiden, omdat deze in het faillissementsrecht een geheel andere betekenis heeft.⁸

Wanneer er in het consumentenrecht wordt gesproken over bedenktijd, slaat deze benaming op een termijn waarbinnen de consument zonder opgave van redenen tot *ontbinding* van de gesloten overeenkomst kan overgaan.⁹ Men zou voor de vraag welke invulling gegeven dient te worden aan het woord ontbinding, geneigd zijn aan te knopen bij artikel 6:265 BW (ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming) of artikel 6:258 BW (ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden). Van een tekortkoming in de nakoming of onvoorziene omstandigheden is echter geen sprake, nu dit bij een ontbinding gekoppeld aan bedenktijd niet is vereist.¹⁰ De afdeling waarin artikel 6:265

6 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 2004, p. 68. Zie ook M.R. Mok, *Pacta sunt servanda. Jatoch?* (afscheidscollege RUG), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 12; P. Rekaiti & R. van den Bergh, 'Cooling-off periods in the consumer laws of the EC member states. A comparative law and economics approach', *Journal of Consumer Policy* 2000, p. 371-407.

7 Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 5-6. In tegenstelling tot een bepaling uit het Franse recht waar ook een afkoelingsperiode zonder terugtreedrecht denkbaar is. Zie hierover C.G. Breedveld-de Voogd, 'Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning' (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 209.

8 Artikel 63a Faillissementswet.

9 Zie § 3 van deze bijdrage. Zie ook S.E. Bartels & C.J. Sander, 'De bedenktijd in het burgerlijk recht', in: W.H. van Boome e.a. (red.), *Koop!* (BW-krant jaarboek 14), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 82, noot 7.

10 S.E. Bartels & C.J. Sander, 'De bedenktijd in het burgerlijk recht', in: W.H. van Boome e.a. (red.), *Koop!* (BW-krant jaarboek 14), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 82, noot 5. Zie ook Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 34.

BW zich bevindt is echter niet geheel onbruikbaar. De wetgever heeft bij het scheppen van een ontbindingsrecht in de bedenktijdregeling aansluiting gezocht bij de algemene ontbindingsidee, welke inhoudt dat de consument het recht heeft de overeenkomst te beëindigen zonder terugwerkende kracht.¹¹ Artikel 6:271 BW wordt analoog toegepast zodat ontbinding partijen bevrijdt van de door hen getroffen verbintenissen.¹² Voor de wijze van ontbinden kan men echter niet terugvallen op een bepaling uit deze afdeling, nu de eis van schriftelijkheid, neergelegd in artikel 6:267 BW, in het kader van de bedenktijdregeling niet wordt gesteld.¹³ Een nadere blik op een aantal bedenktijdregelingen zal hieromtrent opheldering bieden.

3.3 Overeenkomsten met een bedenktijdregeling

3.3.1 Onderzoeksgebied afgebakend

Het consumentenrecht kent meerdere overeenkomsten waarvoor in de wet een bedenktijdregeling is opgenomen. In het kader van deze bijdrage, is het onderzoeksgebied beperkt tot de volgende overeenkomsten:¹⁴

- colportageovereenkomst;
- timeshareovereenkomst;
- overeenkomst op afstand;
- koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak.

Hieronder volgt een korte beschrijving van wat deze overeenkomsten inhouden en wat de beweegredenen voor de wetgever waren om ten aanzien van deze overeenkomsten een wettelijke bedenktijdregeling in te voeren.

3.3.1.1 Colportageovereenkomst

De wetgever heeft geen omschrijving van hetgeen onder colportage moet worden verstaan in de wet opgenomen. De uitgebreide wettelijke omschrijving van het begrip colporteur maakt dit dan ook overbodig. Artikel 1, eerste lid, onder d, van de Colportagewet bepaalt dat een colporteur degene is die:

¹¹ Artikel 25 lid 5 Colportagewet vormt hierop een uitzondering. Zie Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 35. Zie ook Jac. Hijma, *Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 94f. Zie ook S.E. Bartels & C.J. Sander, 'De bedenktijd in het burgerlijk recht', in: W.H. van Boom e.a (red.), *Koop!* (BW-krant jaarboek 14), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 98.

¹² *Kamerstukken II* 1999/00, 26 861, nr. 3, p. 23.

¹³ Ten aanzien van de ontbindingsverklaring geldt vormvrijheid. Zie § 3 van deze bijdrage.

¹⁴ Daarmee valt de financiële zekerheidsovereenkomst (de artikelen 7:51 BW e.v.) buiten de omvang van deze bijdrage.

‘in de uitoefening van een beroep of bedrijf door een persoonlijk bezoek dan wel door of in samenhang met de aanprijzing van een goed of een dienst in een groep van ter plaatse van de aanprijzing aanwezige personen, tracht een particulier te bewegen tot het sluiten van een overeenkomst, strekkende tot het aan deze verschaffen van het genot van een goed, het aan deze verlenen van een dienst of het door deze als kredietnemer deelnemen aan een goederenkrediet’.

In artikel 25 Colportagewet is de eenzijdige ontbinding door de particulier binnen acht dagen bepaald. De termijn vangt aan op de dag waarop een exemplaar van de door beide partijen ondertekende akte, door de Kamer van Koophandel van een gewaarmerkte dagtekening is voorzien.¹⁵ Ontbinding is kosteloos en geschiedt door middel van een mededeling die niet schriftelijk hoeft te zijn.¹⁶ Schriftelijkheid is uiteraard wel aan te raden in het kader van bewijslevering.

De colporteur is krachtens artikelen 7 en 24 Colportagewet verplicht onder meer zijn commerciële oogmerk en het aan de consument toekomende recht op bedenktijd mede te delen.

De Colportagewet en de daarin opgenomen bedenktijdregeling was destijds (1975)¹⁷ een antwoord op de regen aan klachten van consumenten die spijt hadden van hun bij een colporteur gedane aankoop. De klachten hadden voornamelijk betrekking op de als agressief bestempelde verkooptechnieken. Het gebrek aan initiatief van de consument was hierin een belangrijk element. Door de wetgever werd tevens aangevoerd dat:¹⁸

‘de consument vanwege het effect van de overrompeling door een colporteur zich in mindere mate rekenschap zal geven van bijvoorbeeld de mogelijkheid dat de aangeboden prestatie elders goedkoper verkrijgbaar is’.

De regering was door consumentenorganisaties gewezen op bedenktijd als mogelijke oplossing. Omdat deze oplossing een inbreuk zou maken op de verbindende kracht van de overeenkomst, heeft de regering advies ingewonnen bij de Sociaal Economische Raad (SER), die een negatief advies uitbracht. De SER achtte de rechtsonzekerheid die de bedenktijdregeling mee zou brengen onwenselijk.¹⁹ In weerwil van het SER-advies heeft de regering de bedenktijdregeling opgenomen in de Colportagewet. Zij overwoog hiertoe dat de rechtsonzekerheid (van de bonafide colporteur) een minder aantrekkelijk aspect is van de regeling, maar vervolgde:²⁰

‘De bedenktijdregeling vormt een noodzakelijke voorwaarde voor een bescherming van in het bijzonder de sociaal zwakkeren tegen agressieve verkoopmethoden, nu colportage bij hen het meeste succes heeft’.

¹⁵ Artikel 25 lid 1, onder 2, Colportagewet.

¹⁶ Artikel 25, vierde lid, Colportagewet.

¹⁷ De Colportagewet trad in werking op 1 augustus 1975, *Stb.* 1975, 393.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1970/71, II 106, nr. 6, p. 7.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1970/71, II 106, nr. 4, p. 27.

²⁰ *Kamerstukken II* 1970/71, II 106, nr. 3, p. 15.

Vandaag de dag levert colportage nog altijd problemen op. Een voorbeeld is het leuren met ‘goedkope’ energiecontracten aan deuren van huishoudens door energiebedrijven sinds de liberalisering van de energiemarkt.²¹

Hoewel de Colportagewet met de implementatie van de Europese Colportagerichtlijn²² enkele wijzigingen heeft ondergaan,²³ is de bedenktijdregeling ongewijzigd gebleven. De redenen voor bedenktijd genoemd in de overwegingen van de richtlijn zijn enigszins anders geformuleerd dan destijds door de Nederlandse wetgever is gedaan. In de richtlijn wordt de bedenktijd omschreven als een termijn waarbinnen de consument zich kan beraden over de verplichtingen die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien.²⁴

3.3.1.2 *Timeshareovereenkomst*

De timeshareovereenkomst wordt in de wet aangeduid als ‘De koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken’ en is geregeld in artikel 7:48a BW. Dit artikel bepaalt dat:

‘iedere overeenkomst en ieder samenstel van overeenkomsten met een duur van ten minste drie jaren en met de strekking dat de ene partij – de verkoper – tegen betaling van een totaalprijs aan de andere partij – de koper – een zakelijk of persoonlijk recht geeft of zich verbindt te geven tot het gebruik voor ten minste een week per jaar van een of meer tot bewoning bestemde onroerende zaken of bestanddelen daarvan’.

Evenals bij colportage moet hier sprake zijn van een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf²⁵ en een consument.²⁶ De bedenktijdregeling van de timeshareovereenkomst is neergelegd in artikel 7:48c BW. Deze regeling bepaalt dat gedurende tien dagen na terhandstelling van de akte of een afschrift daarvan, de koper het recht heeft zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien niet aan de in artikel 7:48f BW bepaalde informatieplicht²⁷ is voldaan, kan de termijn van tien dagen worden verlengd totdat alle ontbrekende gegevens alsnog schriftelijk aan de koper zijn verstrekt. Deze verlenging van de termijn bedraagt ten hoogste drie maanden.²⁸ Ontbinding geschiedt op grond van artikel 7:48c, tweede lid, BW door middel van een binnen de ter-

21 ‘Tros Radar’, Tros Nederland 1, 7 januari 2008 <www.trosradar.nl/index.php?id=uitzending&itemUid=1157>. In deze reageert staatssecretaris Heemskerk van het ministerie van Economische Zaken op het toegenomen aantal klachten over colportage door energiemaatschappijen.

22 Richtlijn 85/577/EEG (*PbEG* 1985, L 372/31).

23 *Stb.* 1989, 301.

24 Richtlijn 85/577/EEG (*PbEG* 1985, L 372/31), overweging 5.

25 Artikel 7:48a, aanhef en onder b, BW.

26 Artikel 7:48a, onder c, BW.

27 Deze informatieplicht bestaat naast de mededeling van de bedenktijd ook uit essentiële informatie over de zaak.

28 Artikel 7:48c, onder 1, BW. Deze bepaling houdt in dat indien de informatie binnen drie maanden alsnog wordt verstrekt, vanaf het moment van verstrekking de termijn van zeven dagen bedenktijd aanvangt. De bedenktijd bedraagt dus maximaal drie maanden en zeven werkdagen.

mijn daartoe strekkende verklaring. De koper is krachtens artikel 7:48c, derde lid, BW bij ontbinding geen enkele vergoeding verschuldigd.

Reden voor deze bepalingen is de Timesharerichtlijn.²⁹ Een richtlijn werd nodig geacht vanwege het grensoverschrijdende karakter van de timeshareovereenkomst en het uiteenlopen van bestaande wetgeving van de EU-lidstaten. De bedenktijdregeling is opgenomen om de verkrijger in staat te stellen een beter beeld te vormen van de rechten en plichten die aan de overeenkomst zijn verbonden, aangezien de onroerende zaken dikwijls in een ander land zijn gelegen en daardoor zijn onderworpen aan andere wetgeving.³⁰ Tevens is er van uitgegaan dat bepaalde timeshareverkopers agressieve verkooptechnieken hanteren³¹ en is rekening gehouden met de ingewikkelde constructie van de timeshareovereenkomst.

3.3.1.3 Overeenkomst op afstand

Evenals de bepalingen omtrent timeshareovereenkomsten, bevinden de bepalingen over de overeenkomst op afstand zich in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Hoewel de plaats die deze bepalingen in het Burgerlijk Wetboek innemen, doet vermoeden dat ze slechts zien op koopovereenkomsten, is dit niet het geval, nu deze – krachtens artikel 7:46i, eerste lid BW – ook van toepassing zijn op overeenkomsten tot het verlenen van diensten.³² Gelijk aan de eerder behandelde overeenkomsten, is een belangrijk element dat er sprake moet zijn van een professionele verkoper en een consument. Daarnaast moet gebruik worden gemaakt van een of meer technieken voor communicatie op afstand. In sub d van voormeld artikel is bepaald dat van een dergelijke techniek sprake is wanneer het een middel betreft dat zonder gelijktijdige persoonlijke aanwezigheid van partijen kan worden gebruikt voor het sluiten van een overeenkomst. Hierbij valt te denken aan elektronische post, telefoon met menselijke tussenkomst, televisie en catalogussen.³³

De bedenktijdregeling neergelegd in artikel 7:46d BW bepaalt dat de koper gedurende zeven werkdagen na ontvangst van de zaak het recht heeft de koop zonder opgave van redenen te ontbinden, door middel van een daartoe strekkende verklaring. Aan deze verklaring zijn geen eisen gesteld, zodat vormvrijheid bestaat.³⁴ Ingevolge artikel 7:46i, zesde lid, BW geldt voor de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten een bedenktijd die aanvangt op de dag van het sluiten van de overeenkomst. De kosten

29 Richtlijn 94/47/EG (*PbEG* 1994, L 280/29).

30 Richtlijn 94/47/EG (*PbEG* 1994, L 280/29), overweging 11.

31 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 449, nr. 3, p. 1.

32 Jac. Hijma, *Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 94b.

33 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 861, nr. 3, p. 14. In de richtlijn die aan bovengenoemde wettelijke bepalingen ten grondslag heeft gelegen is overwogen dat een uitputtende opsomming van deze technieken onmogelijk is vanwege hun voortdurende ontwikkeling. In de bijlage van de richtlijn is echter een enuntiatieve opsomming opgenomen van communicatietechnieken waarop de richtlijn in ieder geval ziet.

34 Jac. Hijma, *Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 94f.

die voor de consument uit de ontbinding voortvloeien zijn door de wet beperkt tot de kosten voor terugzending van de gekochte zaak.³⁵

In artikel 7:46c BW is de inmiddels bekende informatieplicht geregeld. De informatieplicht bestaat onder meer uit de schriftelijke mededeling aan de consument dat er sprake is van bedenktijd, welke uiterlijk op de dag van levering moet worden gedaan.³⁶ Daarnaast is in lid 1 een reeks van zaken opgesomd die tijdig, voordat de koop op afstand wordt gesloten, aan de consument moeten worden verstrekt. Dit moet met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen en op duidelijke wijze gebeuren.³⁷ Tevens moet het commerciële oogmerk ondubbelzinnig blijken. Indien hieraan niet is voldaan kan de bedenktijd, krachtens artikel 7:46d, eerste lid, BW worden verlengd met maximaal drie maanden.³⁸

Aanleiding voor deze bepalingen is de Richtlijn betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten.³⁹

Als reden voor de in deze richtlijn opgenomen bedenktijdregeling is genoemd dat het gebruik van technieken voor communicatie op afstand niet tot vermindering van de aan de consument verstrekte informatie mag leiden. Tevens is overwogen dat het voor de consument vaak niet mogelijk is het product vóór het sluiten van de overeenkomst daadwerkelijk te zien; dit vloeit voort uit de aard van de overeenkomst.⁴⁰

3.3.1.4 *Koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak*

De laatste overeenkomst die in deze bijdrage aan de orde komt is de overeenkomst tot koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak (kort gezegd: koop van een woning).

Artikel 7:2 BW vereist een schriftelijke overeenkomst, gesloten door een consumentkoper. In het tweede lid is de bedenktijd geregeld. De bedenktijd van drie dagen komt slechts toe aan de koper en vangt aan op de dag na terhandstelling van de tussen partijen opgemaakte schriftelijke akte. De ontbindingsverklaring is ook hier vormvrij en zonder opgave van redenen.

In vergelijking met de hiervoor behandelde bedenktijdregelingen, is die voor de koop van een woning een zogenaamde vreemde eend. In tegenstelling tot de andere drie overeenkomsten hoeft er geen sprake te zijn van een professionele verkoper. Dit is niet verrassend nu woningen vaak door particulieren worden verkocht, al dan niet met tussenkomst van een makelaar. De veelomvattende wettelijke informatieplicht, die bij de andere overeenkomsten tevens ziet op de mededeling van bedenktijd, geldt hier niet.

35 Artikel 7:46d, tweede lid, BW. Deze bepaling is niet van toepassing op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten.

36 Artikel 7:46, tweede lid, onder b, BW.

37 Te denken valt aan een duurzame gegevensdrager zoals bijvoorbeeld een cd.

38 Met dien verstande dat de termijn van zeven werkdagen aanvangt op het moment dat de verkoper binnen de drie maanden alsnog aan zijn informatieverplichting voldoet. Dit houdt in dat de bedenktijd maximaal drie maanden en zeven dagen bedraagt.

39 Richtlijn 97/7/EG (*PbEG* L 144/4), overweging 14.

40 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 861, nr. 3, p. 1 e.v. (MvT).

De strekking van de bedenktijd is tweeledig: de koper kan de tijd benutten om een deskundige te raadplegen om informatie in te winnen en hij heeft de mogelijkheid om van een (eventuele gedwongen) overhaaste aankoopbeslissing terug te komen.⁴¹ In de Tweede Kamer is opgemerkt dat een termijn voor het inwinnen van informatie noodzakelijk is omdat een particuliere verkoper doorgaans niet zal weten dat er een mededelingsplicht op hem rust die behelst dat hij moet nagaan welke lasten en beperkingen op de zaak rusten, en dat deze lasten en beperkingen uitdrukkelijk door de koper moeten worden aanvaard. Tevens wordt opgemerkt dat een consument-koper doorgaans niet zal weten dat op hem de plicht rust de zaak te onderzoeken en dat hij indien hij bepaalde eigenschappen verwacht teneinde van de zaak bijzonder gebruik te maken, dit aan de verkoper moet voorleggen.⁴²

3.3.2 Doelen van de wetgever

Uit het voorgaande valt af te leiden dat de wetgever het nodige heeft gedaan om het de consument uit oogpunt van bescherming gemakkelijk te maken. Het feit dat aan de ontbindingsverklaring minder zware eisen worden gesteld dan de bekende eisen uit afdeling 6.5.5 Burgerlijk Wetboek onderschrijft dit. Ontbinden binnen de bedenktijd moet laagdrempelig zijn, hetgeen wijst op een vergaande bescherming. Dit doet de vraag rijzen: waartegen consumenten moeten worden beschermd? Uit bovenstaande beschrijvingen van de overeenkomsten en de redenen voor het opnemen van een bedenktijdregeling kunnen twee primaire doelen van de wetgever worden gedestilleerd:⁴³ bescherming tegen een informatietekort en bescherming tegen een gebrek aan weerstand. Deze doelen worden hieronder nader toegelicht.

3.3.2.1 Informatietekort

Hijma zegt over het informatietekort het volgende:

‘Bescherming tegen een tekort aan informatie ligt, in sterke of in mindere mate, aan alle bedenktijdregelingen ten grondslag.’⁴⁴

Uit § 3.1.1 tot en met § 3.1.4 is gebleken dat er voldoende argumenten voor deze stelling te vinden zijn. Het ontbreken van de mogelijkheid tot het vergelijken van de prestatie (colportageovereenkomst), het niet fysiek kunnen waarnemen van de prestatie (over-

⁴¹ *Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 17.*

⁴² *Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 2.*

⁴³ Deze doelen worden ook in de literatuur veelvuldig genoemd. Zie Jac. Hijma, ‘Bedenktijd in het contractenrecht’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 20; W.L. Valk, ‘Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004; M.B.M. Loos, ‘De effectiviteit van bedenktijd als instrument van consumentenbescherming’, *TvC* 2003, p. 10-11. Het doel met betrekking tot het weg nemen van belemmeringen in de interne markt valt buiten de omvang van deze bijdrage.

⁴⁴ Jac. Hijma, ‘Bedenktijd in het contractenrecht’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 21.

eenkomst op afstand), de aan andere wet- en regelgeving onderworpen ingewikkelde overeenkomst (timeshareovereenkomst) en een gebrek aan kennis met betrekking tot de rechten en plichten voortvloeiend uit de koop van een onroerende zaak (koop van een woning), zijn allen elementen die bijdragen aan het bestaan van een tekort aan informatie bij de consument.

3.3.2.2 *Gebrek aan weerstand*

Een tweede te onderscheiden doel van de wetgever is het bieden van bescherming tegen een gebrek aan weerstand. Dit gebrek wordt in de juridische literatuur met betrekking tot bedenktijd ook wel psychologisch tekort genoemd,⁴⁵ vergelijkbaar met de in de Duitse juridische literatuur gebezigde term *Psychologische Schwäche*.⁴⁶

Factoren die zouden leiden tot het gebrek aan weerstand zijn de in de parlementaire geschiedenis genoemde: ontbreken van initiatief van de consument tot het doen van een aankoop, misleiding, door de verkoper uitgeoefende psychologische druk en gebruik van agressieve verkooptechnieken.⁴⁷ Deze factoren spelen een rol bij de colportage- en timeshareovereenkomst maar kunnen zich ook voordoen bij de overeenkomst op afstand.⁴⁸ Te denken valt aan de overeenkomst door middel van telefonisch contact waarbij de verkoper het initiatief heeft genomen.

3.3.3 *Ratio van bedenktijd*

Hoewel het doel van de wetgever tweeledig is, heeft de bedenktijd één ratio:⁴⁹

‘De koper kan zich in de bedenktijd, al dan niet met deskundige hulp, een juist en volledig beeld verschaffen van de prestatie en de rechten en plichten die uit de gesloten overeenkomst voortvloeien.’

Bovenstaande geldt zowel voor overeenkomsten die ten gevolge van een gebrek aan weerstand tot stand zijn gekomen als voor overeenkomsten die zijn gesloten terwijl de consument handelde onder invloed van een informatietekort.

45 W.L. Valk, ‘Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 111.

46 G. Reiner, ‘Der Verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen’, *AcP* 2003, 9-11.

47 *Kamerstukken II* 1970/71, 11 106, nr. 4, p. 25.

48 Richtlijn 97/7/EG (*PbEG* L 144/4), overweging 5.

49 Richtlijn 85/577/EEG (*PbEG* 1985, L 372/31), overweging 5 (colportageovereenkomst); *Kamerstukken II* 1999/00, 26 861, nr. 3, p. 21 (overeenkomst op afstand); *Kamerstukken II* 1995/96, 24 449, nr. 3, p. 7 (timeshareovereenkomst); *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 2 (MvA) (koop van een woning).

3.4 Noodzaak van paternalisme

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat bedenktijd bescherming moet bieden tegen een gebrek aan weerstand en een informatietekort. Reden voor deze beschermingsmaatregel is de door de wetgever gedane veronderstelling dat de consument zichzelf hier niet (voldoende) tegen kan wapenen. In deze paragraaf zal worden bekeken in hoeverre dit werkelijk het geval is. Niet ter beantwoording van de rechts-politieke vraag of bedenktijd wel gerechtvaardigd is,⁵⁰ maar om vanuit een breder gezichtspunt te beschouwen of paternalisme in de zin van consumentenbescherming noodzakelijk is.⁵¹ Men kan zich immers afvragen of de consument ondanks agressieve verkooptechnieken, overrompeling en weinig informatie er toch uiteindelijk zelf voor *kies*t zich aan een overeenkomst te binden. In hoeverre kan de wijze waarop een consument wordt benaderd en de informatie die hem wordt geboden tot gevolg hebben dat hij geen keuze meer kan maken die aansluit bij zijn wensen (rationele keuze), zodat hij op een later moment op die keuze wil terugkomen?

3.4.1 Informatietekort versus rationele keuze

Dat een tekort aan informatie een beslissing conform de rationele keuze theorie in de weg staat is redelijk evident. Desondanks gebeurt het dagelijks dat een consument een aankoop doet zonder over alle informatie te beschikken. (Te denken valt aan een eenvoudige aankoop in de winkel.) Dit is logisch omdat het verstrekken van alle informatie onmogelijk is en de consument bovendien niet in staat is grote hoeveelheden informatie te verwerken.⁵² Indien de wetgever met de bedenktijd de consument beoogt te beschermen tegen het maken van een niet-volledig geïnformeerde keuze, kan men zich afvragen of dan niet bij *alle* overeenkomsten een bedenktijd moet gelden.

Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend nu er verschil bestaat tussen het tekort aan informatie dat zich voordoet bij bijvoorbeeld een eenvoudige winkelaankoop en de overeenkomsten waarvoor bedenktijd geldt. Deze verschillen worden hieronder nader toegelicht.

3.4.1.1 Informatieachterstand

Het tekort aan informatie waaraan door de wetgever wordt gerefereerd in het kader van overeenkomsten waarvoor een bedenktijd geldt, moet niet worden beschouwd als een informatietekort in ruime zin. Het informatietekort behelst een informatieachterstand ten opzichte van bijvoorbeeld de eenvoudige winkelaankoop.⁵³ Dit is voornamelijk aan

50 W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 90.

51 In plaats van te bekijken of de problemen ernstig genoeg zijn voor een instrument als bedenktijd (proportionaliteitsvraag), wordt bekeken of er problemen zijn.

52 C. Guthrie, 'Law, information, and choice. Capitalizing on heuristic habits of thought', *Heuristics and the Law* 2006, p. 425-437.

53 Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 21.

de orde bij de colportageovereenkomst en de overeenkomst op afstand waarbij de consument die een dergelijke overeenkomst sluit een informatieachterstand heeft ten opzichte van de consument die de aankoop in een winkel doet nu in die situatie de tijd kan worden genomen om de toekomstige aankoop te vergelijken, zien, voelen en ruiken.

3.4.1.2 *Gebrek aan kennis*

Bij de timeshareovereenkomst en de koop van een woning is het informatietekort een gebrek aan kennis van de consument. De omstandigheid dat deze overeenkomsten betrekking hebben op onroerende zaken maakt dat kennis is vereist van de bijzondere rechten en plichten die daaruit voortvloeien om een weloverwogen keuze te kunnen maken. De wetgever gaat ervan uit dat de consument deze kennis vaak niet heeft.⁵⁴

3.4.2 *Gebrek aan weerstand versus rationele keuze*

Op de vraag of een bepaalde wijze van benadering van de consument het maken van een rationele keuze in de weg staat, wordt door de leer van de 'behavioral law and economics' antwoord gegeven. Volgens behavioristen handelt de mens in veel gevallen onder invloed van 'heuristics'. Dit zijn methoden die worden gebruikt om problemen op te lossen of beslissingen te nemen. (zogenaamde vuistregels of regels van gezond verstand). Door middel van deze 'heuristics' wordt een oplossing of een antwoord gevonden waarvan men veronderstelt dat deze het dichtst bij de juiste uitkomst ligt. Deze methoden leiden echter vaak tot cognitieve 'biases' (ongepaste processen die leiden tot verkeerde beslissingen).⁵⁵

Hieronder volgt een kleine greep uit het grote aantal heuristics en biases die van invloed zijn op menselijk handelen.

3.4.2.1 *Overoptimisme*

De eerste te bespreken heuristiek is die van 'overoptimisme'. Dit houdt in dat mensen de kans dat ze zelf te maken krijgen met een negatieve ervaring te laag inschatten.⁵⁶ Een onderzoek onder studenten van een Amerikaanse universiteit heeft bijvoorbeeld uitgewezen dat deze denkfout ook wordt gemaakt ten aanzien van overreding en manipulatie.⁵⁷ 50% van de ondervraagde studenten vond zichzelf minder naïef dan de gemiddelde student van zijn leeftijd (hierna: gemiddeld), 22% vond zich naïefer dan gemiddeld. 43% van de studenten achtte zich minder goedgelovig dan gemiddeld, 25% achtte zich goedgeloviger dan gemiddeld. 61% achtte zich beter bewust van methodes

54 *Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 2.*

55 A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under uncertainty: heuristics and biases. Biases in rudiment reveal some heuristics of thinking under uncertainty', *Science* 1974, p. 1124-1131.

56 E. Terryn, 'Bedenktijden in het consumentenrecht. Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming' (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2008, p. 534, noot 2400.

57 R.V. Levine, *The power of persuasion, how we're bought and sold*, New Jersey: John Wiley & Sons Inc. 2003, p. 11-14.

van bedrog en misleiding dan gemiddeld en slechts 11% achtte zich minder bewust van deze methodes dan gemiddeld.

De ‘beter-dan-gemiddeld-illusie’ wordt veroorzaakt door de gewoonte vervelende gebeurtenissen die een ander overkomen, toe te schrijven aan unieke karaktertrekken van die ander. Als onszelf echter iets vervelends overkomt zijn we geneigd de gebeurtenis toe te schrijven aan de situatie waarin we verkeren. Dit wordt in de psychologie de *fundamentele attributiefout* genoemd.

3.4.2.2 Schaarste

Het principe van schaarste is een heuristiek ten gevolge waarvan mensen aannemen dat schaarse producten beter zijn dan producten die in overvloed aanwezig zijn. Deze heuristiek is ook van invloed op de manier waarop de mens tegen kansen aankijkt. Als de vrije keuze wordt beperkt of wordt bedreigd is de drang groter de keuzevrijheid te behouden.⁵⁸

3.4.2.3 Wederkerigheid

Het principe van wederkerigheid is niet zozeer een bias als wel een natuurlijke reactie. Mensen doen graag iets terug als er iets voor hen wordt gedaan.

Uit een experiment uit 1971 kan worden opgemaakt dat wanneer een persoon iemand anders een dienst bewijst, en deze persoon vervolgens vraagt om een wederdienst, deze wederdienst vaak wordt uitgevoerd.⁵⁹ Als iemand een concessie doet tegenover een andere persoon zal de ander geneigd zijn ook een concessie te doen. De mens voelt zich hier als het ware toe verschuldigd.

Dit experiment heeft tevens uitgewezen dat het in veel gevallen niet uitmaakt of de ontvanger van de eerste dienst, de persoon die hem deze dienst bewijst, aardig vindt.

3.4.2.4 Contrastprincipe

Het contrastprincipe is een bias die van invloed is op de manier waarop mensen de verschillen waarnemen tussen twee items die na elkaar worden gepresenteerd. Als het tweede item enigszins verschilt van het eerste gepresenteerde item, wordt tussen de items meer verschil gezien dan er daadwerkelijk is. Het eerste item vormt een ‘anker’ (referentiepunt) waarmee het tweede item wordt vergeleken.⁶⁰

58 R.B. Cialdini, *Influence. The psychology of persuasion*, New York: HarperCollins Publishers 2007, p. 246, verwijzend naar onderzoek van Brehm 1966.

59 Meer informatie over dit experiment in D.T. Regan, ‘Effects of a favour and liking on compliance’, *Journal of Experimental Social Psychology* 1971, p. 627-639.

60 R.B. Cialdini, *Influence. The psychology of persuasion*, New York: HarperCollins Publishers 2007, p. 12.

Naar aanleiding van deze heuristieken kan de vraag worden gesteld hoe deze van invloed zijn op de wil van de consument aan een overeenkomst gebonden te zijn en diens keuzevrijheid daartoe. In de volgende subparagraaf zal een en ander aan de hand van concrete gevallen duidelijk worden gemaakt.

3.4.2.5 *De stofzuigercolporteur*⁶¹

Om bovenstaande begrippen uit de hypothetische situatie te halen wordt hier ingegaan op een aantal reacties van consumenten op het internetforum van een consumentenprogramma. Het onderwerp van discussie is een bepaald type stofzuiger waarvan de prijs varieert van € 3.500 tot € 7.000 op afbetaling. De stofzuiger wordt door middel van colportage verkocht.

Een forumbezoeker vertelt:

‘Als ik ‘m vandaag nog kocht was er een mooie aanbieding. De aanbieding was er alleen vandaag.’⁶²

Dit is een typisch voorbeeld van hoe de illusie van schaarste wordt gecreëerd. Door de consument voor te houden dat de aanbieding slechts één dag geldt, zal de consument zich bedreigd kunnen voelen in zijn keuzevrijheid. Immers, de volgende dag heeft hij de keuze van de aanbieding niet meer.

Meerdere forumbezoekers plaatsen een reactie waaruit duidelijk blijkt hoe de colporteur een voet tussen de deur kreeg.

‘Vorige week kwam er een aardige dame aan de deur om een paar vragen te stellen, de volgende dag werd ik opgebeld dat ik geselecteerd was en dat ze gratis iets in huis kwamen schoonmaken!!’⁶³

Bovenstaande is een voorbeeld van hoe de natuurlijke reactie iets terug te doen (lees: aankoop te doen) wordt uitgelokt. Consumenten die ‘nee’ zeiden werd gevraagd of ze bereid waren een aantal telefoonnummers te verstrekken van bekenden die ook een demonstratie wilden.⁶⁴ De colporteur die het forceren van een aankoop opgaf, deed daarmee een concessie en vertrouwde erop dat de consument dit ook zou doen door telefoonnummers van bekenden te verstrekken.

Een forumbezoeker die wel tot de aankoop was overgegaan vertelt dat hij was gestrikt.

61 De reacties in deze paragraaf zijn afkomstig van het internetforum van het televisieprogramma Tros Radar. De reacties zijn geplaatst in de periode van 2003-2008 en geven inzicht in hoe door sommige colporteurs te werk wordt gegaan. <<http://forum.trosradar.nl/viewtopic.php?t=12535&start=0>>. Geraadpleegd op 19 mei 2008.

62 Zie het begrip *schaarste*.

63 Zie het begrip *wederkerigheid*.

64 Dit is een voorbeeld van een concessie zoals besproken onder het kopje *wederkerigheid*.

‘Ik trap vrijwel nooit ergens in, ik ben erg bijdehand en toch heb ik me laten imponeren en ik heb getekend.’⁶⁵

Dit is een voorbeeld van de fundamentele attributiefout. Normaal gesproken trapt deze consument nergens in maar ditmaal heeft hij zich laten imponeren.

Een andere forumbezoeker vertelt hoe de colporteur consumenten overrompelt.

‘Er werden foto’s getoond van huismijt die 40.000 keer vergroot, eruitzagen als verschrikkelijke monsters.’

Op het forum zijn ook een aantal reacties te vinden van ex-colporteurs.

Een van hen vertelt:

‘We kregen een training op de Amerikaanse manier. Nee is ja.’

De colporteurs worden getraind hoe ze twee samenwonenden het beste tegen elkaar kunnen opzetten en hoe een schuldgevoel kan worden opgewekt bij moeders.

‘U wilt dus zeggen dat u uzelf een goede moeder vindt maar ondertussen laat u uw kind slapen op een matras met zoveel huismijt? Kunt u mij dit uitleggen? Ik hoop toch wel dat u weet dat een allergie door de jaren heen wordt opgebouwd hè?’

Het is maar de vraag of men van de moeder die naar aanleiding van dit gesprek een stofzuiger koopt, kan zeggen dat ze er voor heeft *gekozen* zich aan de overeenkomst te binden. Het antwoord op deze vraag hangt af of wordt uitgegaan van formele (juridische) of materiële (daadwerkelijke) contractsvrijheid. Formeel was zij in haar keuze vrij de overeenkomst te sluiten. Materieel werd haar contractsvrijheid door de stofzuigercolporteur beperkt.⁶⁶

3.4.3 *Paternalisme noodzakelijk*

In het licht van voorgaande kan mijns inziens worden geconcludeerd dat een paternalistische opstelling van de wetgever noodzakelijk is. Ik kom tot deze conclusie omdat het handelen onder invloed van heuristieken door een ieder gebeurt. Omdat dit een onbewust proces is en verkopers op het beslissen onder invloed van heuristieken inspelen, kunnen consumenten zich hiertegen moeilijk wapenen. Betoogd kan worden dat de autonomie van de consument door paternalisme juist wordt gewaarborgd in plaats van

⁶⁵ Zie het begrip *fundamentele attributiefout*.

⁶⁶ Valk meint dat in een dergelijk geval materiële contractsvrijheid beter wordt benaderd indien de consument bedenktijd krijgt geboden (W.L. Valk, ‘Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 134).

beperkt nu hem daarmee de mogelijkheid wordt geboden een beslissing te nemen die daadwerkelijk vrij is.⁶⁷

Naast de bedenktijdregeling vertaalt dit paternalisme zich in de informatieplichten en de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken,⁶⁸ waarmee wordt getracht het informatie-tekort en agressieve verkooptechnieken die kunnen leiden tot een psychologisch tekort het hoofd te bieden. Dit zijn maatregelen die hun werking hebben voordat er een overeenkomst tot stand is gekomen. Tegen deze achtergrond kan de vraag worden gesteld in hoeverre paternalisme inbreuk mag maken op de verbindende kracht van de overeenkomst. Deze vraag wordt in de volgende paragraaf beantwoord.

3.5 Algemene leerstukken in verhouding tot bedenktijd

3.5.1 *Leer van de wilsgebreken*

Door hen die kritisch tegenover de bedenktijdregeling staan, wordt aangevoerd dat de bedenktijdregeling in strijd is met *pacta sunt servanda* en dat men te snel naar de bedenktijd als instrument van consumentenbescherming grijpt, omdat de consument al zozeer beschermd wordt. Deze bescherming wordt niet alleen geboden door specifieke regelingen maar ook door toepassing van algemene leerstukken.⁶⁹ Hierbij valt te denken aan het leerstuk van de wilsgebreken, (dwaling en misbruik van omstandigheden) uit het Burgerlijk Wetboek. In deze paragraaf zal worden bekeken hoe dit leerstuk zich verhoudt tot de bedenktijdregeling.

3.5.2 *Dwaling*

Dwaling is een grond voor vernietiging van een gesloten overeenkomst. Artikel 6:228 BW bepaalt dat een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken vernietigbaar is, mits er causaal verband bestaat tussen de gesloten overeenkomst en de onjuiste voorstelling van zaken. Met andere woorden: de overeenkomst zou bij een juiste voorstelling van zaken niet zijn gesloten. In het artikel is tevens bepaald welke gevallen aan te merken zijn als dwalingsgevallen. Ten eerste is genoemd de situatie waarin de wederpartij een (onjuiste) inlichting gaf, in de tweede plaats het geval waarin de wederpartij een spreekplicht schond en ten derde de situatie waarin er sprake is van wederzijdse dwaling.

Uit bovenstaande bepalingen kan worden afgeleid dat een beroep op vernietiging ten gevolge van dwaling tot doel heeft bescherming te bieden tegen een tekort aan informatie.⁷⁰ Dit tekort kan zijn ontstaan doordat één van bovengenoemde dwalingsgevallen zich heeft voorgedaan.

67 *Materiële contractsvrijheid*, zie § 4.2.2.

68 Richtlijn 2005/29/EG (Pb L 149).

69 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 2004, p. 72.

70 J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, nr. 19 en nr. 39.

3.5.3 *Misbruik van omstandigheden*

Artikel 3:44 BW bepaalt dat een overeenkomst die tot stand is gekomen door misbruik van omstandigheden vernietigbaar is. Vereisten voor deze vernietiging zijn bijzondere omstandigheden zoals een noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid. Een gebrek aan weerstand zal op zichzelf geen voldoende grond bieden voor vernietiging wegens misbruik van omstandigheden. De omstandigheid dat dit gebrek een psychologisch tekort is ten gevolge van agressieve verkooptechnieken, druk of misleiding biedt meer mogelijkheden. Van belang is hier dat de wederpartij actief of passief een ander bevordert tot het tot stand komen van een rechtshandeling terwijl hij weet of moet begrijpen dat de handelende door de bijzondere omstandigheden tot het verrichten van de handeling wordt bewogen. Tevens moet hij (de wederpartij) gezien hetgeen hij weet of moet begrijpen, de handelende van het bevorderen van de totstandkoming weerhouden. In het geval van agressieve verkooptechnieken zal de verkoper vaak weten dat de consument ten gevolge van de verkooptechnieken een overeenkomst sluit. Dit wetende zou hij de consument eigenlijk moeten weerhouden van het sluiten van de overeenkomst. Ook hier moet sprake zijn van causaal verband tussen de rechtshandeling en de bijzondere omstandigheid, welk verband degene die een beroep doet op misbruik van omstandigheden zal moeten aantonen.

3.5.4 *Pacta sunt servanda, tenzij...*

De strekking van bovengenoemde leerstukken vertoont onmiskenbaar overeenkomsten met die van de bedenktijdregeling. De bepalingen bieden bescherming aan degene die onder invloed van een informatietekort of een psychologisch tekort heeft gehandeld. Het grote verschil is de afwezigheid van juridische drempels. Waar de ontbinding in het kader van de bedenktijdregeling zonder opgave van redenen kan geschieden zal bij een beroep op dwaling en misbruik van omstandigheden gegronde redenen moeten worden aangevoerd. Van een laagdrempelig beschermingsinstrument is zodoende geen sprake.

Wat deze algemene leerstukken laten zien is dat een eenzijdige terugtreedmogelijkheid niet zo vreemd is in ons Burgerlijk Wetboek. Er zijn meerdere vernietigings-, opzeggings- en ontbindingsgronden die de verbindende kracht van de overeenkomst aantasten. Het verschil met de bedenktijdregeling is de afwezigheid van juridische drempels, hetgeen zou moeten resulteren in effectief gebruik van de regeling.⁷¹

⁷¹ Op dit punt sluit ik mij aan bij Hijma die zegt dat de verbindende kracht door bedenktijd niet wordt geschoffeed maar een stap verder wordt gerelativeerd dan voordien gebruikelijk. Zie Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 29.

3.6 Effectiviteit van bedenktijd

Aan het slot van de vorige paragraaf is geconcludeerd dat paternalistisch ingrijpen noodzakelijk is voor het tegengaan van een tekort aan informatie en psychologisch tekort. Dit paternalisme heeft zich vertaald in de bedenktijdregeling. Het bestaan van de regeling zegt echter nog niets over de effectiviteit van bedenktijd als instrument van consumentenbescherming. Loos heeft de effectiviteit van bedenktijd enige tijd geleden reeds beoordeeld, naar aanleiding van het antwoord op de vraag of de koper daadwerkelijk kan terugkomen op zijn eerdere beslissing tot sluiten van een overeenkomst.⁷² Een van de criteria ter beantwoording van deze vraag is de mate waarin de consument met het bestaan van bedenktijd bekend is. Een tweede criterium is, in hoeverre de duur van de bedenktijdtermijnen voldoende lang is om ze te gebruiken voor hetgeen ze zijn bedoeld. In aanvulling op deze door Loos gestelde criteria zal ook de laagdrempeligheid van de bedenktijd onder de loep worden genomen en worden beschouwd vanuit psychologisch perspectief.

3.6.1 Bekendheid met bedenktijd

De bedenktijdregeling kan nog zo goed in elkaar steken maar ze kan evengoed niet bestaan als de groep die zij beoogt te beschermen haar niet kent.

Is de consument bekend met de bedenktijdregeling? Deze vraag zal worden beantwoord aan de hand van de informatieplicht van de verkoper, waarvan de mededeling van het recht op bedenktijd onderdeel is. Tevens zal worden ingegaan op de vraag of de wijze waarop het recht op bedenktijd wordt medegedeeld iets zegt over de mate van bekendheid.

3.6.1.1 Bekendheid afgeleid van de informatieplicht

In § 3 en § 4 kwam de informatieplicht al aan de orde. Gezien de consequenties die verzuim van deze plicht meebrengt, zou kunnen worden aangenomen dat deze niet wordt geschonden. Dit zou betekenen dat de consument bij overeenkomsten waarvoor de informatieplicht geldt van zijn recht op bedenktijd op de hoogte wordt gebracht.⁷³ De hypothetische formulering van voorgaande verradt reeds dat dit niet het geval is. Onderzoek van de Consumentenautoriteit wijst uit dat de verkoper het, ondanks de consequenties, met de informatieplicht niet zo nauw neemt.⁷⁴ Van de vijfhonderd onderzochte webwinkels wordt door een totaal van 90% de informatieplicht niet goed nageleefd. Het recht op bedenktijd wordt door 50% van de webwinkels niet, of onjuist medegedeeld. Ook worden er onjuiste voorwaarden gesteld aan het retourneren van het gekochte product.⁷⁵

⁷² M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van bedenktijd als instrument van consumentenbescherming', *TvC* 2003, p. 6-24.

⁷³ M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van bedenktijd als instrument van consumentenbescherming', *TvC* 2003, p. 17.

⁷⁴ Consumentenautoriteit, 'Informatievoorziening consumenten door webwinkels moet beter', persbericht 20 februari 2007, <www.consumentenautoriteit.nl/actueel/persberichten>.

⁷⁵ Daarbij kan worden gedacht aan die eisen die gesteld kunnen worden aan de staat van de verpakking van het produkt en bijkomende kosten.

Deze gegevens indiceren dat de wettelijke informatieplicht de koper niet garandeert dat hij ook (adequaat) in kennis wordt gesteld van zijn recht op bedenktijd. Naar aanleiding hiervan zou kunnen worden geredeneerd dat dit bij overeenkomsten waarvoor deze plicht niet geldt – zoals de koop van een woning – nog sterker het geval zal zijn. Zeker nu tussenkomst van een makelaar die de koper op de bedenktijd zou kunnen wijzen zich bij de aan- en verkoop van woningen in steeds mindere mate voordoet.⁷⁶

3.6.1.2 Bekendheid door middel van algemene voorwaarden of de koopakte

Wordt de bedenktijd *wel* medegedeeld, dan speelt de vraag, op welke wijze dit wordt gedaan een belangrijke rol in de mate van bekendheid.⁷⁷ Voor de overeenkomst op afstand is in artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, jo. tweede lid, aanhef en onder a en b, BW bepaald dat het recht op bedenktijd schriftelijk moet worden medegedeeld op duidelijke en begrijpelijke wijze. Omdat geen nadere eisen zijn gesteld aan de plaats van deze mededeling is het aannemelijk dat deze in de praktijk zal worden opgenomen als een beding in algemene voorwaarden.⁷⁸

Van algemene voorwaarden wordt verondersteld dat ze niet worden gelezen.⁷⁹ Ook in de literatuur wordt bovenstaande als feit van algemene bekendheid aangenomen, hetgeen wordt afgeleid van de wijze waarop de voorwaarden worden gepresenteerd. Hierbij valt te denken aan de minuscule letters en de voor de consument moeilijk te begrijpen juridische taal. Bovendien is het uit kosten/batenafweging voor de koper niet efficiënt de algemene voorwaarden te lezen, omdat over de inhoud toch niet kan worden onderhandeld.⁸⁰ Tegen deze achtergrond kan worden gesteld dat de consument doorgaans niet bij wijze van algemene voorwaarden van de bedenktijd op de hoogte komt.

Voor de colportageovereenkomst en de timeshareovereenkomst is bepaald dat de bedenktijd in de koopakte moet worden vermeld.⁸¹ Aan de inhoud en vorm van deze akten zijn nadere eisen gesteld.⁸² Deze nadere specificatie van de plaats waar het recht op bedenktijd moet worden aangegeven is ten opzichte van de algemene voorwaarden een verbetering. Een kanttekening die hierbij geplaatst kan worden is hoe het gebruik van agressieve verkooptechnieken zich verhoudt met het aan de consument bieden van

-
- 76 USP marketing consultancy, <www.usp-mc.nl/UserFiles/File/persberichten/meio7_1.pdf>.
 - 77 M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van bedenktijd als instrument van consumentenbescherming', *TvC* 2003, p. 20.
 - 78 Voorbeelden van winkels waarvoor deze aanname blijkt te kloppen zijn: Kruidvat <www.kruidvat.nl/domains/default/pages/content/S2/kruidvat_alg.voorw.aspx>; Selexyz, <www.selexyz.nl/pages/content/S2/algemene_voorwaarden.aspx> en Kluwer <www.kluwer.nl/images/multimedia/pdf/algemene_voorwaarden_FC.pdf>.
 - 79 Consumentenautoriteit, 'Consumentenautoriteit roept consumenten op alert te zijn op kleine lettertjes' nieuwsbericht 26 juni 2007 <www.consulwijzer.nl/consumentennieuws/nieuwsarchief/2007/juni>.
 - 80 M.B.M. Loos, 'De informatieplicht bij algemene voorwaarden', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenste buiten. Verslag van een experiment*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 60.
 - 81 Zie artikel 25, tweede lid Colportagewet en artikel 7:48b BW.
 - 82 Besluit inhoud en dagtekening akten van colportageovereenkomsten, *Stb.* 1975, 397; Gegevensbesluit rechten van gebruik van in deeltijd van onroerende zaken, *Stb.* 1997, 289.

voldoende tijd om de koopovereenkomst aandachtig door te lezen. Op basis van voorgaande kan worden gesteld dat de informatieplicht van verkopers geen garantie is voor de bekendheid van het recht op bedenktijd onder consumenten.

3.6.2 Duur van bedenktijd

Een tweede criterium dat voor het toetsen van de effectiviteit van belang is, is de duur van de bedenktijdtermijnen. Opmerkelijk is dat de wetgever nergens inzichtelijk heeft gemaakt waarom de termijnen de duur hebben die ze hebben. Net zo min is bekend waarom bij de ene bedenktijdregeling de duur wordt aangeduid in 'werkdagen' terwijl in de andere regeling wordt gesproken over 'dagen'. Wel bekend is dat de termijnen zo kort mogelijk zijn gehouden om de rechtszekerheid van de wederpartij zo veel mogelijk te waarborgen.⁸³ De vraag is of de termijnen voldoende lang zijn voor hetgeen de wetgever heeft beoogd. Om de duur te toetsen moet worden teruggegrepen naar de ratio van de bedenktijd, behandeld in § 3.2.3. Tevens moet worden vastgesteld in hoeverre er rekening moet worden gehouden met een eventuele informele bedenktijd⁸⁴ en een onder voorwaarden afwijkende duur.

Tabel 1

	Colportage- overeenkomst	Timeshare- overeenkomst	Overeenkomst op afstand	Koop van een woning
Termijn	8 dagen	10 dagen	7 werkdagen	3 dagen
Informele bedenktijd	Bedenktijd vangt aan op het moment van inschrijving koop- akte bij KvK.	Bedenktijd vangt aan na terhandstel- ling koopakte.		Bedenktijd vangt aan na terhand- stelling koopakte.
Afwijkende duur		Bedenktijd wordt met max. 3 maanden ver- lengd indien niet aan infoplicht is voldaan.	Bedenktijd wordt met max. 3 maan- den verlengd indien niet aan infoplicht is vol- daan.	
Ratio	De koper moet zich in de bedenktijd, al dan niet met deskundige hulp, een juist en volledig beeld kunnen verschaffen van de prestatie en de rechten en plichten die uit de gesloten overeenkomst voortvloeien.			

83 M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van bedenktijd als instrument van consumentenbescherming', *TvC* 2003, p. 8.

84 De 'formele' wettelijke bedenktijd kan worden voorafgegaan door een 'informele' bedenktijd. Dit is de periode waarin nog niet aan de vormvereisten is voldaan voor het aanvangen van de bedenktijd. *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 7, p. 3. Dit doet zich voor bij de colportageovereenkomst op grond van artikel 24, eerste lid Colportagewet, de timeshareovereenkomst op grond van artikel 7:48b, eerste lid, BW, en de koop van een woning op grond van artikel 7:2, eerste lid BW. Zie tabel 1.

3.6.2.1 *Informele bedenktijd*

De informele bedenktijd bij colportage kan in theorie eeuwig duren indien de colporteur de koopakte niet inschrijft bij de Kamer van Koophandel.⁸⁵ In het geval van de koop van een woning en de timeshareovereenkomst zou de informele bedenktijd in theorie zo lang kunnen duren als de consument het ondertekenen van de overeenkomst rekt, terwijl hij misschien wel al een mondelinge toezegging heeft gedaan. Mijns inziens hoeft met deze informele bedenktijd geen rekening te worden gehouden bij het toetsen van de duur, nu de effectiviteit van de *wettelijke bedenktijd* wordt getoetst. ‘Gunstige’ neveneffecten kunnen daarbij buiten beschouwing worden gelaten.⁸⁶

3.6.2.2 *Afwijkende duur*

De duur van de bedenktijd voor de overeenkomst op afstand en de timeshareovereenkomst van respectievelijk zeven werkdagen en tien dagen, kan worden verlengd met maximaal drie maanden indien niet aan de informatieplicht is voldaan. Ervan uitgaande dat deze verlenging van de termijn wordt medegedeeld aan de koper, moet hiermee rekening worden gehouden bij het toetsen van de duur van de bedenktijdtermijnen.

3.6.2.3 *Conclusie met betrekking tot duur bedenktijdtermijnen*

Voorgaande leidt tot de conclusie dat de bedenktijdtermijnen voor de colportageovereenkomst en de overeenkomst op afstand gemiddeld genomen lang genoeg zijn, nu daar veelal geen deskundigen hoeven te worden geraadpleegd om een juist en volledig beeld te krijgen van de prestatie. De bedenktijd voor de timeshareovereenkomst is te kort om inspectie van de zaak toe te laten en informatie te verzamelen.⁸⁷ Het is denkbaar dat pas informatie wordt gezocht op het moment dat de consument in zijn thuisland is, hetgeen de feitelijke bedenktijd inkort. De verlengde termijn van drie maanden kan uitkomst bieden in het geval de verkoper niet volledig is geweest in zijn informatieverstrekking. Bij de koop van een woning is de termijn zelfs zeer kort.⁸⁸ Het raadplegen van een of meer deskundigen⁸⁹ lijkt binnen een termijn van drie dagen nagenoeg onmogelijk.

⁸⁵ Ktr. Maastricht, 15 november 1978, *Praktijkids* 1979, 1375.

⁸⁶ Door Loos is de informele bedenktijd wel meegenomen in de effectiviteitstoets. Zie M.B.M. Loos ‘De effectiviteit van bedenktijd als instrument van consumentenbescherming’, *TvC* 2003, p. 19.

⁸⁷ E. Terry, ‘Bedenktijden in het consumentenrecht. Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming’ (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2008, p. 605. Zie tevens P. Rekaiti & R. van den Bergh, ‘Cooling-off periods in the consumer laws of the EC member states. A comparative law and economics approach’, *Journal of Consumer Policy* 2000, p. 387.

⁸⁸ Dit is sinds de invoering van de bedenktijd voor de koop van een woning meerdere malen in de literatuur betoogd. (Zie bijvoorbeeld M.B.M. Loos, ‘De effectiviteit van bedenktijd als instrument van consumentenbescherming’, *TvC* 2003, p. 21; W.L. Valk, ‘Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 140-141; Jac. Hijma, ‘Bedenktijd in het contractenrecht’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 25).

⁸⁹ In de parlementaire geschiedenis is gesproken over informatie van derden van juridische, financiële en bouwtechnische aard.

Temeer nu in tegenstelling tot de drie andere overeenkomsten de ontvangsttheorie geldt,⁹⁰ hetgeen betekent dat de ontbindingsverklaring de verkoper uiterlijk op de derde dag moet hebben bereikt.⁹¹

3.6.3 *Bedenktijd: laagdrempelig?*

De mogelijkheid tot ontbinding zonder opgave van redenen en de bij de meeste overeenkomsten geldende vormvrijheid van de ontbindingsverklaring, impliceren dat er genoeg geen barrières zijn die de consument ervan weerhouden een beroep te doen op bedenktijd. Hierbij zijn echter alleen juridische drempels in aanmerking genomen. Inzichten uit de psychologie maken duidelijk dat voor een beroep op bedenktijd ook psychologische drempels een rol spelen, zoals de, ‘cognitieve dissonantiereductie’, de daarmee samenhangende ‘confirmation bias’ en de ‘status quo bias’.

3.6.3.1 *Cognitieve dissonantiereductie*

Ter beantwoording van de vraag hoe cognitieve dissonantiereductie een drempel vormt voor een beroep op bedenktijd, is het noodzakelijk de betekenis van een aantal psychologische begrippen uiteen te zetten. Allereerst is van belang het begrip *attitude*. Dit is een positieve, negatieve of gemengde reactie op een persoon, object of idee.⁹² Het begrip *cognitie* houdt in: elk element van kennis over onder andere eigen opvattingen, gedrag, attitudes en gedragskennis. Deze cognities bestaan naast elkaar maar kunnen ook met elkaar in botsing komen.⁹³

3.6.3.1.1 *Cognitieve dissonantietheorie*

De cognitieve dissonantietheorie stelt dat discrepanties tussen gedrag en attitudes, een onaangename gevoelstoestand kunnen veroorzaken die ‘cognitieve dissonantie’ wordt genoemd. De theorie stelt tevens dat de mens een natuurlijke drang heeft de dissonantie te reduceren om de onaangename gevoelstoestand tegen te gaan. Deze natuurlijke drang is vergelijkbaar met de drang of noodzaak te eten of te drinken. Onderzoek heeft uitgewezen dat mensen veelal de cognitieve dissonantie reduceren door hun attitude in de richting van het gestelde gedrag te veranderen, omdat dit gemakkelijker is dan het gedrag in de richting van de attitude te veranderen.⁹⁴

90 Nu er geen bijzondere bepaling ten aanzien van de ontbindingsverklaring is opgenomen geldt de hoofdregel van artikel 3:37 lid 3 BW.

91 Indien deze verklaring schriftelijk wordt afgelegd om de bewijlevering veilig te stellen is dit des te moeilijker.

92 S. Brehm e.a., *Sociale psychologie*, Gent: Academia Press 2007 (*Social Psychology* 2005, vertaald door I. Mervielde & A. van Hiel), p. 191.

93 S. Brehm e.a., *Sociale psychologie*, Gent: Academia Press 2007 (*Social Psychology* 2005, vertaald door I. Mervielde & A. van Hiel), p. 219.

94 J. Cooper, *Cognitive dissonance. Fifty years of a classic theory*, Los Angeles: Sage publications 2007, p.7.

3.6.3.1.2 Voorbeeld

Een veel gebruikt voorbeeld ter illustratie van cognitieve dissonantiereductie is dat van de aanschaf van een nieuwe auto.⁹⁵ De koper maakt daarbij een keuze tussen twee auto's, waarvan auto A mooi en niet zuinig is, en auto B niet mooi maar wel zuinig is. De auto's hebben beide belangrijke voor- en nadelen. De koper kiest uiteindelijk auto A, nog altijd wetende dat auto B weliswaar niet mooi, maar wel zuinig is. Omdat het gedrag van de koper (de aanschaf van een niet-zuinige auto) niet overeenkomt met zijn attitude (het waarderen van een zuinige auto), kan er cognitieve dissonantie optreden. Om de dissonantie te reduceren is het voor de koper gemakkelijker om zich ervan te overtuigen dat hij de juiste keuze heeft gemaakt (zijn attitude veranderen), dan zijn gedrag (de aanschaf van auto A) aan te passen. Hij zal op zoek gaan naar eigenschappen die de gemaakte keuze onderschrijven. De confirmation bias speelt hierin een belangrijke rol.

3.6.3.2 Confirmation bias

‘Het begrip confirmatie duidt op een proces van zoeken naar bevestiging voor een bepaalde hypothese. De toevoeging bias geeft aan dat het proces ongepast is en/of leidt tot verkeerde beslissingen.’⁹⁶

Mensen zoeken vanwege de confirmation bias actief naar bevestigende informatie terwijl ontkrachtende informatie wordt genegeerd. Een andere benaming hiervoor is ‘tunnelvisie’. Uit verschillende onderzoeken blijkt dat de confirmation bias zich in vrijwel elk besluitvormingsproces kan voordoen. Bovendien kan ervan worden uitgegaan dat handelen onder invloed van de confirmation bias een ieder kan gebeuren. Wetenschappers, rechters, politici en consumenten vormen hierop geen uitzondering.⁹⁷

Het gevaar dat in handelen onder invloed van de confirmation bias schuilt is dat consumenten binnen de bedenktijd op zoek gaan naar bevestigende informatie voor hun keuze in plaats van zich (rationeel) een juist en volledig beeld van de prestatie te verschaffen. Hierdoor zal de feitelijke bedenktijd korter zijn of in het geheel niet worden benut.

3.6.3.3 Status quo bias

De status quo bias houdt in dat het waarschijnlijker is dat mensen bij hun genomen beslissingen blijven dan door bepaalde normatieve theorieën wordt voorspeld, ook al zijn aan het afwijken van de beslissing geen kosten verbonden.⁹⁸ De mogelijkheid bestaat

95 J. Cooper, *Cognitive dissonance. Fifty years of a classic theory*, Los Angeles: Sage publications 2007, p. 10-11.

96 E. Rassin, *Waarom ik altijd gelijk heb. Over tunnelvisie*, Schiedam: Scriptum 2007, p. 12.

97 E. Rassin, *Waarom ik altijd gelijk heb. Over tunnelvisie*, Schiedam: Scriptum 2007, p. 64, 70, 84.

98 Bij normatieve theorieën kan worden bijvoorbeeld worden gedacht aan theorieën afkomstig uit de rechtseconomie die niet beschrijven hoe de werkelijkheid is maar hoe de werkelijkheid zou kunnen zijn. Een voorbeeld van een dergelijke theorie is het rationelekeuzemodel.

dat de bedenktijd niet wordt gebruikt hoewel het rationeel zou zijn geweest dit wel te doen.⁹⁹

3.6.4 *Bedenktijd herzien*

In het licht van voorgaande kan men zich afvragen of het verkrijgen van een juist en volledig beeld binnen de bedenktijd wel haalbaar is. Zijn de termijnen daarvoor voldoende lang?

Men kan zich ook de vraag stellen of een instrument als bedenktijd überhaupt zinvol is als consumenten vanwege de status quo bias of de drang tot cognitieve dissonantiereductie hiervan in het geheel geen gebruikmaken.

Om bovenstaande vragen te beantwoorden zal (bij voorkeur empirisch) onderzoek moeten worden gedaan naar de daadwerkelijke invloed van deze psychologische drempels op een beroep op bedenktijd. Onderzoek naar consumentengedrag is essentieel voor het bevorderen van de effectiviteit van bedenktijd.

Onderzocht zal moeten worden in welke mate de status quo bias optreedt bij een beroep op bedenktijd. Tevens zou kunnen worden onderzocht of er situaties zijn waarin het aanpassen van gedrag gemakkelijker is dan het aanpassen van de attitude in het geval van cognitieve dissonantiereductie. Er zou in dit kader wellicht kunnen worden bekeken of het 'ontbindingsformulier' dat moet worden verstrekt bij de colportageovereenkomst,¹⁰⁰ bijdraagt aan een gemakkelijkere gedragsaanpassing. Ook is het zinvol om in kaart te brengen op welke wijze het handelen onder invloed van de confirmation bias, wordt beëindigd. Het is denkbaar dat een consument die 'externe feedback' krijgt zijn ogen niet meer kan sluiten voor de werkelijke eigenschappen van het product.¹⁰¹ Deze feedback zou kunnen worden verkregen door gebruik van het product of door het kritische oog van de omgeving. Bij een overeenkomst tot het verrichten van een dienst zal feedback lastiger zijn te verkrijgen binnen de bedenktijd, nu niet uitzonderlijk is dat de dienst pas na verstrijken van de bedenktijd wordt verricht. Hetzelfde geldt voor de onroerende zaak die niet direct in gebruik kan worden genomen. In dit geval biedt het raadplegen van deskundigen uitkomst.

3.6.5 *Overige aanbevelingen*

Naast de constatering dat bedenktijd niet zo laagdrempelig is als men zou verwachten, zijn in § 6.1 en § 6.2 de nodige vraagtekens geplaatst bij de bekendheid en de duur van bedenktijdtermijnen. De aanduiding in werkdagen en dagen kan verwarring scheppen,

99 R. Korobkin, 'The Status quo bias and contract default rules', *Cornell Law Review* 1998, p. 608-687; E. Terry, 'Bedenktijden in het consumentenrecht. Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming' (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2008, p. 534.

100 Bij het sluiten van een colportageovereenkomst is de colporteur verplicht een formulier te verstrekken aan de koper dat strekt tot ontbinding van de gesloten colportageovereenkomst. Zie Besluit inhoud en dagtekening akten van colportageovereenkomsten, artikel 2, *Stb.* 1975, 397.

101 E. Rassin, *Waarom ik altijd gelijk heb. Over tunnelvisie*, Schiedam: Scriptum 2007, p. 129.

bepaalde termijnen zijn te kort en het uitvoeren van de informatieplicht laat te wensen over. Naar mijn mening kan een uniforme bedenktijd bijdragen aan de effectiviteit van de bedenktijdregeling omdat het onderscheid in 'dagen' en 'werkdagen' verwarrend is. De wetgever zal een keuze moeten maken tussen deze twee aanduidingen, en een bedenktijd moeten vaststellen die recht doet aan alle overeenkomsten. In Duitsland geldt een uniforme termijn van veertien dagen die wellicht als voorbeeld kan dienen. Daarover zij opgemerkt dat Duitsland 'onze' bedenktijd die geldt bij de overeenkomst tot koop van een woning, tussen een particuliere verkoper en een consument, niet kent.¹⁰² Gezien het gerechtvaardigde belang van de particuliere verkoper is een bedenktijd van veertien dagen te lang. De wetgever zal zich bij het invoeren van de uniforme bedenktijd, dan ook moeten afvragen of deze atypische bedenktijdregeling voldoende bestaansrecht heeft om deel te nemen aan het uniformeringsproces, of dat zij zal moeten verdwijnen.¹⁰³

Een uniforme bedenktijdregeling zal slechts zinvol zijn als consumenten van haar bestaan afweten. Juist de uniformiteit kan mijns inziens aan de bekendheid bijdragen. Een algemene termijn is gemakkelijker te onthouden en kan beter onder de aandacht worden gebracht. De overheid kan hierbij dienen als informatiekanal zodat de consument niet afhankelijk is van de juiste uitvoering van de informatieplicht door de verkoper.¹⁰⁴

3.7 Conclusie

De bedenktijdregeling is sinds haar invoering onderwerp geweest van discussie. Veelal wordt de gerechtvaardigheid van het beschermingsinstrument in twijfel getrokken. Immers, afspraak is afspraak en de consument is toch zelf aanwezig bij het sluiten van de overeenkomst?

In deze bijdrage is de bedenktijdregeling als instrument van consumentenbescherming onder de loep genomen. Dat de wetgever beoogt met dit instrument bescherming te bieden moge duidelijk zijn. De consument die onder invloed van een informatie- of psychologisch tekort een overeenkomst sluit, moet gedurende de bedenktijd tot een heroverweging kunnen komen.

Naar aanleiding van de bevindingen met betrekking tot het informatie- en psychologisch tekort kan geconcludeerd worden dat de consument daadwerkelijk bescherming nodig heeft. Daarmee is paternalisme in de zin van consumentenbescherming gewenst. Hoewel de bedenktijdregeling door critici als een paternalistisch beschermingsinstru-

102 E. Terryn, 'Bedenktijden in het consumentenrecht. Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming' (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2008, p. 270-282.

103 Meerdere schrijvers pleiten voor de afschaffing van deze bedenktijdregeling. Zij menen dat verplichte notariële bijstand een beter alternatief is. (M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van bedenktijd als instrument van consumentenbescherming', *TvC* 2003, p. 21; W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 140-141; Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004, p. 25).

104 Te denken valt aan bijvoorbeeld Postbus 51-spotjes waarin belangrijke zaken onder de aandacht van de consument worden gebracht.

ment wordt beschouwd kan naar mijn mening worden betoogd dat van een beschermingsinstrument alleszins sprake is, maar van een beperking van de autonomie van de consument in mindere mate. De bedenktijdregeling kan de autonomie van de consument juist waarborgen door hem de ruimte te geven niet alleen *formeel*, maar ook *materieel* contractsvrij te zijn.

De effectiviteit van de regeling is hiervoor een essentiële voorwaarde. Naar aanleiding van de bevindingen omtrent de bekendheid, duur en laagdrempeligheid van de bedenktijdregeling moet geconcludeerd worden dat van een effectief instrument van consumentenbescherming (nog) geen sprake is. De informatieplicht van de verkoper is niet waterdicht, de duur van de termijnen schiet hier en daar tekort, en ondanks dat de bedenktijdregeling vanuit juridisch perspectief drempelvrij is, blijkt dit vanuit psychologisch perspectief geheel anders te zijn.

Naar mijn mening kan de bedenktijdregeling wel een effectief instrument van consumentenbescherming worden. Daarvoor is onderzoek naar consumentengedrag noodzakelijk en uniformering van de bedenktijmijnen naar mijn mening wenselijk.

In de op handen zijnde herziening van het Europese Consumentenacquis¹⁰⁵ is voor de bedenktijdregeling een grote rol weggelegd. Daaruit kan worden opgemaakt dat de regeling niet snel uit het overeenkomstenrecht zal verdwijnen. Hoe de bedenktijdregeling wordt vormgegeven zal nog moeten blijken. Vaststaat dat deze aankomende veranderingen genoeg stof zullen geven tot nadenken.

¹⁰⁵ Groenboek. Herziening van het consumentenacquis, Brussel 8 februari 2007, <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/green-paper_cons_acquis_nl.pdf>.

IV Consumentenbescherming tegen (krediet)reclame

Merel van Asch

Op Europees niveau bestaan maatregelen om consumenten te beschermen tegen reclame. Maar wie is deze consument precies? Uit beleid, wetgeving en jurisprudentie blijkt dat een gemiddelde consument als uitgangspunt wordt genomen welke in staat is tot rationeel handelen.

Het bedrijfsleven – waarop de reclameregelgeving zich richt – hanteert echter op basis van marketingonderzoek een heel ander consumentenbeeld. Zo wordt met behulp van psychologische en behavioristische inzichten geconcludeerd dat consumenten op verschillende manieren worden beperkt in hun vermogen tot rationeel handelen. Er bestaat dan ook een wezenlijk verschil in consumentenbeeld tussen die van de Europese wetgever en die van de marketingwereld, terwijl deze laatste mijns inziens de praktijk dichter benadert. Hierdoor kan een leemte ontstaan in het beschermingsniveau.

In deze bijdrage staat de vraag centraal of met de huidige Europese regelgeving een balans wordt gevonden tussen autonomie en paternalisme op het gebied van consumentenbescherming tegen reclame. Europa lijkt er naar aanleiding van zijn consumentenbeeld van uit te gaan dat beschermingsmaatregelen waarbij consumenten geïnformeerd worden en vervolgens 'autonoom' kunnen beslissen voldoende zijn. De inzichten uit het bedrijfsleven laten zien dat het wellicht wenselijker zou zijn als 'paternalistischer' zou worden opgetreden. Dit wil echter niet zeggen dat autonomie bij de consument geen uitgangspunt kan blijven.

Hoe deze inzichten concreet verwerkt kunnen worden, laat ik zien aan de hand van een case study naar kredietreclame. Ik doe daarbij verschillende voorstellen. Door de inhoud, presentatie en de hoeveelheid van informatie te reguleren, wordt naar mijn idee de beslissingsvrijheid van de consument behouden, terwijl hij wel wordt beschermd tegen de verleidingen van kredietreclame.

4.1 Inleiding

Kredietreclames: dat ze irritant zijn daar zijn we het over eens. Uit onderzoek blijkt dat 90% van de consumenten leenreclames irritant vindt.¹ Over de vraag in hoeverre reclames in het algemeen en kredietreclames in het bijzonder gereguleerd moeten worden, lopen de meningen echter uiteen. Voorstanders van autonomie stellen zich in dit debat op tegenover zij die voor een meer paternalistische houding pleiten. Met autonomie bedoel ik in dit verband vrijwel volledige keuzevrijheid voor consumenten, welke volgens aanhangers hiervan door de wetgever gewaarborgd moet worden. Paternalisme laat daarentegen toe dat wetgeving een meer sturende rol in het beslissingsproces van

¹ Blauw Research BV, *Rapportage Kredietreclames op TV, Onderzoek naar houding en gedrag consumenten voor InterBank*, september 2006, p. 9.<www.online-pr.nl/docs/Onderzoeksrapport%20InterBank%20-%20KredietReclames.pdf>.

consumenten kan spelen en in het uiterste geval de beslissingsvrijheid van consumenten kan ontnemen om zo een hoog beschermingsniveau te kunnen bieden.

In deze bijdrage staat de vraag centraal of met de huidige Europese regelgeving op het gebied van consumentenbescherming tegen reclame een balans wordt gevonden tussen autonomie en paternalisme. Het standpunt dat wordt ingenomen, zo zal blijken, hangt nauw samen met het consumentenbeeld dat men aanhangt. In § 2 zal ik daarom onderzoeken welk consumentenbeeld wordt gehanteerd in de huidige Europese regelgeving op het gebied van reclamerecht. Daartegenover zal ik in § 3 het consumentenbeeld stellen dat wordt gehanteerd in het bedrijfsleven, althans in de marketing. In § 4 zal ik nagaan wat deze twee consumentenbeelden betekenen voor de vraag of er een balans wordt gevonden tussen autonomie en paternalisme. In § 5 komt een case study naar kredietreclame aan de orde om het geheel op een concreter niveau te brengen. Daarbij zal ik ingaan op zowel Nederlandse als Europese regelgeving met betrekking tot reclamerecht. Overige wet- en regelgeving om overkreditering tegen te gaan, laat ik buiten beschouwing. In § 6 volgt mijn conclusie.

4.2 Europees-juridisch consumentenbeeld

4.2.1 Algemeen consumentenbeeld in Europa

In 2002 is de Strategienota voor het consumentenbeleid 2002-2006 gepubliceerd.² De eerste doelstelling van deze nota is een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming tot stand brengen. Volgens de Europese Commissie zijn in het verleden al vele maatregelen genomen om consumenten in staat te stellen op basis van goed gefundeerde keuzes voor hun eigen belangen op te komen.

‘Deze maatregelen beogen een aanpak van de structureel ongelijke situatie van consument en bedrijfsleven die voortvloeit uit het feit dat de consument minder gemakkelijk toegang tot informatie en juridische expertise heeft en zich in een zwakkere economische positie bevindt.’³

De zwakke positie van de consument ten opzichte van het bedrijfsleven in het algemeen en de informatieasymmetrie in het bijzonder zouden leiden tot een marktfalen. Deze ongelijkheden moeten zo veel mogelijk worden weggenomen door beschermingsmaatregelen die ervoor zorgen dat consumenten gefundeerde keuzes kunnen maken. Deze maatregelen worden echter niet in alle gevallen voldoende geacht, bijvoorbeeld wanneer het gaat om bescherming van de lichamelijke gezondheid en veiligheid.

‘In dergelijke gevallen worden geharmoniseerde regels als onontbeerlijk gezien om voor alle consumenten een adequate bescherming te kunnen waarborgen, geheel los van het feit of deze door middel van gefundeerde aankoopkeuzes voor zichzelf kunnen opkomen. De beslis-

2 Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006, COM(2002)208 def. (PbEG 2002, C 137/2).

3 Overweging 2 Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006, COM(2002)208 def. (PbEG 2002, C 137/2).

sing om dergelijke maatregelen in te voeren hangt in grote mate af van een politieke inschatting van het gewicht van het te beschermen belang en van de vraag in hoeverre de consumenten op basis van gefundeerde keuzes daadwerkelijk voor zichzelf op kunnen komen.⁴

De Europese Commissie geeft hier niet aan in hoeverre zij zelf meent dat geïnformeerde consumenten zichzelf kunnen beschermen.

In 2007 is een nieuwe EU-strategie op het gebied van consumentenbeleid vastgesteld.⁵ Hierin wordt door de Europese Commissie expliciet aangegeven dat ‘consumentenbeleid consumenten kan helpen rationele keuzes te maken en hun eigen belangen te behartigen’.⁶ Hier lijkt de Europese Commissie in haar beleid een rationeel consumentenbeeld aan te hangen. In overweging 5.1 van de EU-strategie erkent de Commissie dat ze er toch nog niet helemaal uit is. Daar stelt ze namelijk dat zal worden gewerkt aan de ontwikkeling van een beter inzicht in het gedrag van de consument. Hierbij vraagt zij zich onder andere af hoe rationeel de consument in de praktijk is.

4.2.2 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken

In 2005 is de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (OHP) vastgesteld.⁷ Het doel van deze Richtlijn is bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen.⁸ De Richtlijn ziet alleen toe op business-to-consumer relaties.⁹

Een handelspraktijk is volgens artikel 5 lid 2 van de Richtlijn OHP oneerlijk, en daarmee verboden, als zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en het economisch gedrag van de gemiddelde consument verstoort. Met het criterium ‘gemiddelde consument’ wordt aangesloten bij de maatstaf die is ontwikkeld door het Europese Hof van Justitie.¹⁰ Als de oneerlijke handelspraktijk op een bepaalde groep consumenten is gericht, wordt het gemiddelde lid van deze groep als uitgangspunt genomen. Om niet tekort te doen aan de zwakste in onze samenleving wordt het gemiddelde lid beschermd van een groep consumenten die wegens een handicap, leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk, indien het voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbaar is dat het economische gedrag van deze groep wezenlijk verstoord kan worden door zijn praktijken.¹¹ Dat goedgelovigheid een reden is tot meer bescherming

4 Overweging 2 Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006, COM(2002)208 def. (*PbEG* 2002, C 137/2).

5 EU-strategie voor het consumentenbeleid 2007-2013, COM(2007)99 def. (niet gepubliceerd in Publicatieblad).

6 Overweging 2.2 van de EU-strategie voor het consumentenbeleid 2007-2013, COM(2007)99 def. (niet gepubliceerd in Publicatieblad).

7 Richtlijn nr. 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken) (*PbEG* 2005, L 149/22).

8 Artikel 1 Richtlijn OHP.

9 Artikel 3 lid 1 Richtlijn OHP.

10 Overweging 18 Richtlijn OHP.

11 Artikel 5 lid 3 Richtlijn OHP.

nuanceert mijns inziens het beeld van de gemiddelde consument in het algemeen. Waar een handicap en leeftijd objectief zijn vast te stellen, is goedgelovigheid zeer subjectief.

Het criterium van de gemiddelde consument geeft expliciet aan *welke* consument de Richtlijn beoogt te beschermen, maar zegt nog weinig over *wat voor* consument dit geacht wordt te zijn. Hiervoor zal te rade moeten worden gegaan bij enkele uitspraken van het Europese Hof van Justitie.¹²

Eerst wil ik nog wat beter naar de Richtlijn zelf kijken voor aanwijzingen over het consumentenbeeld dat door de Europese wetgever wordt gehanteerd. Zo wordt 'het economische gedrag van de consumenten wezenlijk verstoren' omschreven als: 'een handelspraktijk gebruiken om het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar te beperken, waardoor de consument tot een transactie besluit, waartoe hij anders niet had besloten'.¹³ In deze definitie is impliciet uitgegaan van een rationeel consumentenbeeld. Alleen die praktijken die de mogelijkheid beperken om een geïnformeerd besluit te nemen, worden verboden.¹⁴ De handelspraktijk mag op geen enkele manier de keuzevrijheid van de consument aantasten, omdat deze dan niet optimaal zijn eigen belangen zou kunnen nastreven.

Dat van een rationeel handelende consument is uitgegaan blijkt verder uit overweging 14 van de Richtlijn. Hierin wordt ten aanzien van misleidende handelspraktijken opgemerkt dat daaronder 'die praktijken moeten worden verstaan waarbij de consument wordt bedrogen en hem wordt belet *een geïnformeerde en dus efficiënte keuze* te maken, inclusief misleidende reclame' (mijn cursivering).

Ook aan het verbod op agressieve handelspraktijken ligt de rationele theorie mijns inziens ten grondslag. Agressieve handelspraktijken zijn namelijk alleen verboden als de keuzevrijheid of vrijheid in handelen wordt beperkt.¹⁵ De privésfeer van consumenten wordt niet beschermd tegen agressieve praktijken zolang de meeste consumenten er niet in mee gaan. Ik betwijfel echter of het vereiste van beperking van keuzevrijheid in de praktijk altijd zal worden gesteld. Zo wijst Howells op spam en telemarketing, welke onder nummer 26 op de zwarte lijst van agressieve handelspraktijken zijn opgenomen.¹⁶ Hoewel niet veel consumenten op deze praktijken ingaan, worden ze wel door velen als irritant en agressief ervaren. Hier is dus een bescherming te bespeuren die verdergaat dan zorgen voor een gefundeerde keuzemogelijkheid.

De Richtlijn in het geheel overziend, kan gesteld worden dat ze beoogt een situatie te creëren waarin consumenten op basis van juiste en essentiële informatie autonoom kunnen beslissen. De Europese Commissie hanteert in deze Richtlijn een rationeel handelende consument als uitgangspunt. Zolang de consument voldoende wordt geïnformeerd,

12 Zie § 2.4 voor het consumentenbeeld van het Europese Hof van Justitie.

13 Artikel 2 sub e van de Richtlijn OHP.

14 Vergelijk L. Steijger, 'Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken in Nederland', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2007, p. 130.

15 Artikel 8 Richtlijn OHP.

16 G. Howells, 'Unfair Commercial Practices Directive - A missed opportunity?', in: S. Weatherill & Ulf Bernitz (red.), *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29: new rules and new techniques*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, p. 107.

zal hij deze informatie goed kunnen verwerken en vervolgens een beslissing kunnen nemen die zijn eigen belangen dient. In de Richtlijn worden geen maatregelen getroffen voor het geval dat informatie niet tot een voor de gemiddelde consument goede keuze leidt. Verdergaande bescherming wordt niet noodzakelijk geacht. De Commissie houdt zich dan ook verre van, vaak als paternalistisch omschreven, overwegingen over welke beslissingen wenselijk worden geacht, noch probeert zij consumenten in de richting van een bepaalde beslissing te sturen.

4.2.3 *Bijzondere wetgeving*

De Richtlijn OHP is vrij algemeen van opzet. Naast deze richtlijn bestaat dan ook nog andere wetgeving, die gericht is op reclame met betrekking tot specifieke producten of een bepaald medium. Zo is er de Richtlijn reclame en sponsoring voor tabaksproducten.¹⁷ Kort samengevat komt deze richtlijn erop neer dat elke reclame met betrekking tot tabaksproducten in gedrukte media, radio-uitzendingen en informatiemaatschappij binnen de communautaire markt verboden is, tenzij het gaat om publicaties uitsluitend bestemd voor personen werkzaam in de tabakshandel. Daarnaast is er een Communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik.¹⁸ Titel VIII van deze richtlijn reguleert reclame voor geneesmiddelen. Bepaalde reclame-uitingen zijn in het geheel verboden, zoals reclame voor geneesmiddelen waarvoor geen vergunning kan worden verkregen en publieksreclame voor geneesmiddelen, die uitsluitend op recept mogen worden afgeleverd. Reclame die niet expliciet verboden is, moet aan verschillende criteria voldoen. Zo worden bijvoorbeeld gegevens genoemd die in ieder geval in de reclame moeten voorkomen, maar ook gegevens die juist niet mogen worden vermeld. Als laatste kan nog worden genoemd de Richtlijn Televisie zonder Grenzen (TZG).¹⁹ In deze richtlijn worden bijzondere eisen gesteld ten aanzien van televisiereclame. Zo is alle televisiereclame voor sigaretten en tabakproducten, in welke vorm dan ook, verboden.²⁰ Ook televisiereclame voor geneesmiddelen en medische behandelingen die alleen op doktersvoorschrift verkrijgbaar zijn, is verboden.²¹ Reclame met betrekking tot alcoholhoudende dranken moet aan strenge criteria voldoen.²² De Richtlijn TZG zal overigens worden vervangen door de Richtlijn Audiovisuele mediadiensten zonder grenzen.²³ Met deze richtlijn wordt aanpassing en modernisering van

17 Richtlijn nr. 2003/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame en sponsoring voor tabaksproducten (*PbEG* 2003, L 152/16).

18 Richtlijn nr. 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (*PbEG* 2001, L 311/67).

19 Richtlijn nr. 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (Richtlijn televisie zonder grenzen) (*PbEG* 1989, L 298/23).

20 Artikel 13 Richtlijn TZG.

21 Artikel 14 Richtlijn TZG.

22 Artikel 15 Richtlijn TZG.

23 Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-

de bestaande regels beoogt, door rekening te houden met de technologische ontwikkelingen en veranderingen in de audiovisuele sector.²⁴ De genoemde verboden zullen gaan gelden voor alle reclames die via audiovisuele mediadiensten worden getoond en niet alleen voor televisiereclame.²⁵ Als extra verbod wordt in deze richtlijn opgenomen reclame met betrekking tot alcoholische dranken gericht op minderjarigen of welke tot overmatig gebruik van drank kan aanzetten.²⁶ De criteria waaraan moet worden voldaan bij niet-verboden reclames met betrekking tot alcoholische dranken blijven enkel voor televisiereclames gelden.

De aangehaalde bepalingen uit deze verschillende richtlijnen hebben niet tot doel het beschermen van economische belangen, maar het beschermen van de volksgezondheid. Hieraan wordt een zwaarder belang toegekend en is verdergaande bescherming volgens de Europese wetgever gerechtvaardigd. Deze bescherming acht de Europese wetgever nodig, los van de vraag in hoeverre consumenten op basis van gefundeerde keuzes daadwerkelijk voor zichzelf op kunnen komen.²⁷ Nu aan deze vraag geen verdere aandacht wordt besteed, komt er geen expliciet consumentenbeeld naar voren uit deze bijzondere wetgeving. Indien eventuele schade aan de volksgezondheid in het geding is, wordt niet alleen de gemiddelde consument, maar *eenieder* beschermd tegen de reclame, of deze nu oneerlijk is of niet. De meest schadelijke reclames zijn geheel verboden, de overigen worden streng gereguleerd. Deze richtlijnen beogen gedragsbeïnvloeding bij de ontvanger van de reclame te bewerkstelligen (preventie van roken en overmatig gebruik van alcohol) waardoor explicietere regulering noodzakelijk is. Dit in tegenstelling tot de Richtlijn OHP waarin juist keuzevrijheid voor de consument centraal staat.

In artikel 10 van de Richtlijn TZG worden verder nog sluikreclame en het gebruik van subliminale technieken in het algemeen verboden.²⁸ Dat deze technieken verboden zijn, duidt mijns inziens niet op een specifiek consumentenbeeld. Door middel van deze reclametechnieken wordt getracht de reclameboodschap slechts onbewust te laten waarnemen. Aanhangers van de rationele theorie gaan ervan uit dat informatie bewust wordt verwerkt en op basis hiervan een bewuste keuze wordt gemaakt. Onbewuste beïnvloeding is in deze visie niet bevorderlijk voor het maken van goede keuzes. Als men er echter van uitgaat dat informatie onbewust wordt verwerkt, zijn dit soort reclametechnieken ook niet wenselijk. Het gaat hier namelijk om opzettelijke onbewuste beïnvloeding, welke het onbewuste proces verder zal vergroten.

In de verschillende richtlijnen wordt speciaal aandacht besteedt aan reclame gericht op jongeren. Hierop zal ik verder niet ingaan, omdat dit onderwerp elders in deze bundel wordt behandeld.

omroepactiviteiten (Richtlijn Audiovisuele mediadiensten zonder grenzen). Deze Richtlijn moet eind 2009 worden geïmplementeerd.

24 <<http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l24101a.htm>>.

25 Artikel 3 sexies sub d en f Richtlijn Audiovisuele mediadiensten zonder grenzen.

26 Artikel 3 sexies sub e Richtlijn Audiovisuele mediadiensten zonder grenzen.

27 Zie § 2.1.

28 Deze twee technieken blijven verboden onder de Richtlijn Audiovisuele mediadiensten zonder grenzen (artikel 3 sexies sub a en b).

4.2.4 Europese Hof van Justitie

Het Europese Hof van Justitie (Hof) heeft in het *Gut Springenheide*-arrest bepaald dat uitgegaan moet worden van de ‘vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’ om te beoordelen of een reclame-uiting de consument kan misleiden. In bijzondere omstandigheden kan de nationale rechter een opinie-deskundigenonderzoek gelasten om zich over het eventuele misleidende karakter van de reclame-uiting te laten informeren. De nationale rechter dient te beoordelen ‘welk percentage misleide consumenten hem voldoende significant lijkt om een verbod van de reclame-uiting te rechtvaardigen’.²⁹ In de zaak *Estée Lauder/Lancaster* is door het Hof hieraan toegevoegd dat in sommige gevallen rekening moet worden gehouden met sociale, culturele of taalkundige factoren.³⁰ In ditzelfde arrest stelt het Hof dat het criterium van de gemiddelde consument slechts geldt zolang een verkeerde opvatting over de kenmerken van het product niet schadelijk kan zijn voor de volksgezondheid. Kabel concludeert dan ook, met verwijzing naar twee andere zaken van het Hof, dat het criterium van de gemiddelde consument niet bruikbaar is als een verkeerde voorstelling van zaken kan leiden tot schade aan de gezondheid.³¹

De opvattingen van het Hof over de consument lijken in overeenstemming met het beeld dat voortvloeit uit de voorafgaand besproken wetgeving. Ook het Hof neemt mijns inziens een rationeel handelende consument als uitgangspunt. Als er informatie beschikbaar is, zal de consument deze tot zich nemen en op basis hiervan beslissen in zijn eigen belang. Zolang de consument niet zelf de beschikbare informatie vergaart, wordt zij niet beschermd tegen misleidende reclame. Enige nuanceringen worden wel weer gemaakt, doordat de nationale rechter kan nagaan of een groot deel van de consumenten feitelijk is misleid en er rekening gehouden kan worden met sociale, culturele of taalkundige factoren.³² Daarnaast geldt dezelfde uitzondering als in de eerdergenoemde regelgeving indien er zeer grote belangen op het spel staan, zoals lichamelijke gezondheid of veiligheid. Het Hof beoogt dan niet alleen de gemiddelde consument, maar iedere consument verdergaand te beschermen.

29 HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-210/96, *Jur.* 1998, p. I-4657 (*Gut Springenheide* en Rudolf Tusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt).

30 HvJ EG 13 januari 2000, zaak C-220/98, *Jur.* 2000, p. I-117 (*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG/Lancaster Group GmbH*).

31 J. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?* (oratie Amsterdam UvA) Amsterdam: Vossiuspers UvA 2006, p. 15-16. De twee arresten waarnaar Kabel verwijst zijn: HvJ EG 22 juni 1999, zaak C-99/01, *Jur.* 2002, p. 9375 (Strafzaak tegen Gottfried Linhart en Hans Biffel) en HvJ EG 4 april 2000, zaak C-465/98, *Jur.* 2000, p. 2297 (Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV/Adolf Darbo AG).

32 J. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2006, p. 24-25.

4.3 Consumentenbeeld in het bedrijfsleven

4.3.1 Marketing

Marketeers houden er – naar aanleiding van gedragsonderzoek – een ander consumentenbeeld op na dan de Europese wetgever. Het eerste verschil is te verklaren uit onderzoek door marketeers naar de verschillen tussen consumenten. Door deze te onderzoeken kan een fabrikant zich specifiek richten op die consumenten waarvan hij wil dat deze zijn product kopen en vervolgens zijn verkoopstechnieken daaraan aanpassen. Zo houdt men rekening met de culturele verschillen tussen landen en zelfs met verschillen tussen meerdere regio's binnen één land. Naast geografische segmentatie wordt onderscheid gemaakt naar demografie (statistische categorisering naar o.a. leeftijd, geslacht, opleidingsniveau en inkomen). Daarnaast vindt vaak psychografische segmentatie plaats, waarbij de levensstijl, interesse en vrijetijdsactiviteiten van consumenten centraal staan. Consumenten worden veelal ook onderscheiden naar hoe vaak men een product koopt, of men loyaal is aan merken en welke voordelen men met een product wil behalen.³³ Terwijl de Europese wetgever uitgaat van een gemiddelde consument, bestaat er volgens het bedrijfsleven dus niet zoiets als 'de Europese consument'.³⁴

4.3.2 Psychologie

Een aantal verschillen kan worden verklaard uit het feit dat marketeers gebruik maken van psychologische inzichten bij het invullen van 'hun consumentenbeeld'. Volgens de Europese wetgever zal de gemiddelde consument alle relevante informatie vergaren en goed verwerken. Uit psychologisch gedragsonderzoek blijkt echter dat het vermogen van consumenten om informatie te verwerken op verschillende manieren wordt beperkt. Zo wordt bijvoorbeeld een groot deel stimuli (zoals beelden, geluiden en geuren), die ons van informatie voorzien, in het geheel niet waargenomen. Andere stimuli worden alleen onbewust waargenomen en slechts een klein deel bewust. Reclames bestaan uit veel van die stimuli en zorgen vaak zelfs voor een 'informatie-overload'. Omdat het menselijk brein maar een beperkt aantal stimuli kan verwerken, is de consument genoodzaakt informatie te selecteren.³⁵ Reclame moet dus niet alleen gezien of gehoord worden, maar moet vooral aandacht trekken om door deze selectie heen te komen. Als een reclame wordt genegeerd, zijn alle overige technieken die in de reclame zijn verwerkt, nutteloos. Manieren om aandacht te trekken zijn grote advertenties, langdurige reclamespotjes en het gebruik van veel kleur.³⁶ Deze technieken zorgen er

33 D.A. Statt, *Understanding the consumer: a psychological approach*, London: Macmillan Business 1997, p. 12-24.

34 M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 4.

35 M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 36-47.

36 L. Percy & R.H. Elliot, *Strategic advertising management*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 212-217.

ook voor dat de reclame beter wordt onthouden.³⁷ Dit zijn dus simpele, maar wel heel belangrijke technieken. Uit onderzoek blijkt verder dat in reclame vaak beter plaatjes kunnen worden gebruikt in plaats van tekst, omdat deze sneller en makkelijker worden verwerkt door de hersenen. Ook wordt informatie pas goed verwerkt als men er herhaaldelijk aan wordt blootgesteld. Door herhaling van informatie wordt een vertrouwelijk gevoel gecreëerd, wat een positief effect heeft op de houding tegenover een product. Aan de andere kant moet informatie niet te vaak worden herhaald, omdat de aandacht van de consument door gewenning zal verslappen. Dit kan echter worden opgelost door de presentatie van de informatie te veranderen.³⁸

De Europese wetgever gaat ervan uit dat de gemiddelde consument rationele keuzes maakt door voldoende informatie te vergaren en vervolgens zijn eigen belang maximaal zal na streven. Marketingstrategieën gaan er daarentegen vanuit dat consumenten niet altijd voldoende informatie zoeken om een optimale beslissing te kunnen nemen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij impulsieve aankopen. Doordat de aankoop niet gepland was, is er vooraf in het geheel geen tijd gestoken in het zoeken naar informatie. Soms is een consument gewoonweg niet voldoende betrokken bij een product om tijd te willen steken in het zoeken naar informatie.³⁹ Bij het vergelijken van producten wordt door consumenten vaak gebruik gemaakt van beslissingsregels. Een voorbeeld hiervan is de disjunctieve beslissingsregel. Er wordt dan een bepaalde minimumstandaard vastgesteld die men acceptabel acht, zodra deze is gevonden in een product, stopt men met verder zoeken en wordt overgaan tot de aankoop.⁴⁰ Deze beslissingsregels zijn dus geen uitgebreide kosten- en batenanalyses waaruit optimale beslissingen rollen, maar juist regels om de analyse te simplificeren.

Een andere factor die volgens de psychologie consumptiebeslissingen beïnvloedt, is attitude. Dit is de houding die de consument ontwikkelt ten opzichte van producten. Reclame zal trachten bij de consument een positieve houding te creëren ten aanzien van het aan te prijzen product. Maar de consument kan zich ook een houding vormen over de reclame zelf, wat vervolgens doorwerkt in de houding ten aanzien van het product.⁴¹ Middelen die worden ingezet om een positieve houding te creëren, zijn onder andere het gebruik van bekende acteurs of sporters in reclames. Het laten aanprijzen van het product door een aantrekkelijk persoon is een andere veel gebruikte techniek.⁴² Ook heeft het opwekken van positieve emoties een gunstig effect op de houding tegenover een product. Emoties kunnen bijvoorbeeld worden opgewekt met kleur. Uit onderzoek blijkt

37 E. du Plessis, *The advertised mind: ground-breaking insights into how our brains respond to advertising*, London: Kogan Page 2005, p. 123-129.

38 M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 182-185.

39 M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 141-143 en p. 259.

40 D.A. Statt, *Understanding the consumer: a psychological approach*, London: Macmillan Business 1997, p. 237.

41 M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 144.

42 M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 165-201.

dat verschillende tinten rood opgewonden gevoelens en verschillende tinten blauw juist relaxte gevoelens veroorzaken.⁴³

Aan de andere kant worden de eigen houding en eigen voorkeuren vaak opzijgezet onder druk van de sociale omgeving. De consument streeft dan niet meer geheel zijn eigen belang na, maar maakt de beslissing op basis van andermans voorkeuren.⁴⁴ Marketeers kunnen hierop inspelen door zich vooral te richten op de referentiegroep, de groep die invloed heeft op de beslissing van de consument, bijvoorbeeld een voetbalclub. In de reclame staat dan vooral het imago van het product centraal in plaats van objectieve kenmerken zoals prijs en kwaliteit van het product.⁴⁵

Gedragsonderzoek omvat nog veel meer en complexere inzichten over de psyche van consumenten en hoe deze reageren op bepaalde marketingtechnieken. Het moge duidelijk zijn dat er mijns inziens grote verschillen bestaan tussen het juridische consumentenbeeld en het consumentenbeeld dat gehanteerd wordt in het bedrijfsleven.

4.3.3 *Behavioral law and economics*

Marketeers maken behalve van de psychologie, ook gebruik van inzichten uit de 'behavioral law and economics'. Deze stroming verzet zich tegen de rationele theorie. Het is daarom interessant om te bekijken in hoeverre het consumentenbeeld in de marketing verder wordt ingevuld met behavioristische inzichten. Daarbij moet worden opgemerkt dat ook de behavioristen gebruikmaken van psychologische denkbeelden.

Behavioristen gaan ervan uit dat mensen in plaats van het opstellen van ingewikkelde kosten- en batenanalyses, gebruikmaken van 'heuristieken'. Deze worden vaak omschreven als vuistregels of ezelsbruggetjes. Heuristieken leiden veelal niet tot optimale beslissingen in de zin van de rationele keuzetheorie, maar leiden daarentegen vaak tot systematische en voorspelbare fouten. Door behavioristen worden deze fouten 'biases' genoemd.⁴⁶ Het gebruik van heuristieken is vaak nodig vanwege mentale beperkingen en/of om hoge informatie zoekkosten te vermijden.⁴⁷ De eerdergenoemde selectie van stimuli kan mijns inziens gezien worden als noodzakelijke heuristiek ten gevolge van mentale beperkingen. Beslissingsregels (zoals bijvoorbeeld de hierboven besproken disjunctieve beslissingsregel) zijn voorbeelden van heuristieken die voornamelijk gebruikt worden om hoge zoekkosten te beperken.⁴⁸ Zo ook 'market beliefs', dit zijn assumpties die gebruikt worden ter vervanging van tijdrovende informatiezoektochten. De overtuiging dat grotere winkels producten tegen lagere prijzen verkopen dan kleine winkels, is

43 G.J. Gorn e.a., 'Effects of color as an executional cue in advertising: they're in the shade', *Management Science* 1997, p. 1387-1400.

44 M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 155-156.

45 K. Buyst, R. van Hove & A. Bosmans, 'Consumentengedrag', in: J.G. de Rijke (red.), *Handboek marketing*, Leuven: Garant 2000, p. 85-88.

46 D. Kahneman & A. Tversky, 'Judgment under uncertainty: heuristics and biases', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky (red.), *Jugment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 18-20.

47 R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *California Law Review* 2000, p. 1069.

48 Zie § 3.2.2 voor een omschrijving van de disjunctieve beslissingsregel.

een goed voorbeeld van een marketbelief.⁴⁹ Marketeers zijn zich bewust van deze vuistregels en zullen hierop proberen in te spelen. In veel marketingboeken wordt gewezen op inzichten uit de behavioral law and economics en hoe deze kunnen worden verwerkt in marktstrategieën. Zo wijst Solomon expliciet op heuristieken en biases.⁵⁰ Ook Statt doet dat, zo benoemt hij onder andere de 'availability heuristic'.⁵¹ Een voorbeeld van de availability heuristic is het gebruik van frequente en intensieve reclames.⁵² Door de grote hoeveelheid positieve informatie over een product, die de consument gemakkelijk via reclame ter beschikking krijgt, worden negatieve feiten genegeerd.

Daarnaast maken marketeers gebruik van het behavioristische inzicht dat beslissingen worden beïnvloed door externe factoren.⁵³ Zo noemt Solomon bijvoorbeeld het 'framing effect', waarmee wordt bedoeld dat beslissingen worden beïnvloed door de manier waarop informatie wordt gepresenteerd.⁵⁴ Zo zal men in reclames een product aanprijzen met: product X nu 75% vetvrij! Minder goed is voor te stellen dat de reclame zou inhouden: product X bevat 25% vet!, ook al wordt hiermee dezelfde informatie gegeven.⁵⁵

Volgens behavioristen bestaat er overigens niet zoiets als een gemiddelde consument die geen behoefte heeft aan heuristieken en daarom niet ten prooi valt aan biases. Alle mensen, ook ervaren onderzoekers zelf, zullen als zij instinctief handelen, te maken krijgen met biases.⁵⁶

Ik heb hierboven nog slechts een tipje van de marketingsluier opgelicht. Mijns inziens is dit echter voldoende om te kunnen concluderen dat het grote verschil in consumentenbeeld eruit bestaat dat het bedrijfsleven er – in tegenstelling van de Europese wetgever – van uitgaat dat de consument op verschillende manieren beperkt wordt in de mogelijkheid tot rationeel handelen. Hierbij maakt de marketingwereld onder andere gebruik van de inzichten uit de psychologie en de behavioral law and economics.

49 J.D. Hanson & D.A. Kysar, 'Taking behavioralism seriously: some evidence of market manipulation', *Harvard Law Review* 1999, p. 1432-1433.

50 M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 267-280.

51 D.A. Statt, *Understanding the consumer: a psychological approach*, London: Macmillan Business 1997, p. 228-230.

52 J.D. Hanson & D.A. Kysar, 'Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation', *New York Law Review* 1999, p. 1731.

53 Zie voor het behavioristische perspectief op externe factoren o.a. R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *California Law Review* 2000, p. 1102-1156.

54 M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 269-270.

55 J.D. Hanson & D.A. Kysar, 'Taking behavioralism seriously: some evidence of market manipulation', *Harvard Law Review* 1999, p. 1451.

56 D. Kahneman & A. Tversky, 'Judgment under uncertainty: heuristics and biases', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky (red.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 18-20.

4.4 Autonomie versus paternalisme

Het consumentenbeeld zoals dat wordt gehanteerd in het bedrijfsleven staat naar mijn idee haaks op het beeld waarop de Europese wetgever zijn wetgeving baseert. Omdat de twee consumentenbeelden niet op elkaar aansluiten, kan een leemte ontstaan in het beschermingsniveau. Het rationele consumentenbeeld pleit ervoor dat minder verdergaande bescherming voldoende is. Deze bescherming zou voornamelijk gerealiseerd moeten worden door middel van informatieverplichtingen, zodat de consument autonoom zijn beslissingen kan blijven nemen en niet in de marktwerking hoeft te worden ingegrepen. Op basis van de vele gedragsonderzoeken kan echter overtuigend bepleit worden, dat consumenten in de praktijk op verschillende manieren worden beperkt in hun vermogen tot rationeel handelen. Dit betekent dat de consument wellicht vaker behoefte heeft aan verdergaande bescherming en paternalistische regelgeving eerder gerechtvaardigd is.

Maar wat betekent dit nu voor de Europese wetgeving op het gebied van reclame? Idealiter dient, mijns inziens, een balans te worden gevonden tussen autonomie en paternalisme. Het is onwenselijk om de autonomie boven alles te stellen. Dit is niet alleen het geval omdat de consument in een zwakkere economische positie staat ten opzichte van het bedrijfsleven, maar ook juist omdat de consument niet altijd in staat is zichzelf te beschermen. Verdergaande beschermingsmaatregelen zijn wenselijk indien, ondanks informatieverplichtingen, aan de consument ernstige schade wordt berokkend.

Aan de andere kant zou het onwenselijk zijn, als te ver wordt doorgeslagen naar de paternalistische zijde. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn indien de politiek tracht alle keuzes van consumenten in te vullen.⁵⁷ Een balans kan naar mijn idee alleen bereikt worden als autonomie uitgangspunt blijft. Terughoudendheid is geboden omdat beschermingsmaatregelen op het gebied van consumentenrecht een zeer grote reikwijdte hebben. Zo vervult eenieder meerdere malen per dag de rol van een consument.⁵⁸ Daarnaast gaat het bij reclamerecht om een rechtsgebied waar vele verschillende markten en verschillende producten bij betrokken zijn. Het zou onmogelijk zijn alle reclames in detail te reguleren.

Een betere balans kan worden gevonden door de vraag te beantwoorden wanneer van het beeld van de rationele consument als uitgangspunt moet worden afgeweken. Dit doet de Europese wetgever niet. Als bepaalde belangen van zodanig gewicht zijn dat de lichamelijke gezondheid en veiligheid in het geding zijn, wordt verdergaande bescherming noodzakelijk geacht, *los van de vraag of consumenten op basis van gefundeerde keuzes voor zichzelf op kunnen komen*. Hiermee sluit de wetgever de ogen voor de behoefte aan bescherming die juist ontstaat vanwege het feit dat consumenten soms niet goed voor zichzelf kunnen opkomen. De Europese wetgever zou een voorbeeld aan de marketing kunnen nemen en de inzichten uit psychologie en behavioral law and economics kunnen gebruiken om wetgeving tot stand te brengen, die beter aansluit bij hoe de

57 Ook wel 'true paternalism' genoemd. Zie A.J. Duggan, 'Some reflectors on consumer protector and the law reform process', *Monash University Law Review* 1991-252, p. 263-264.

58 Dit is een van de redenen waarom Hartlief kritisch staat tegen dwingend recht in het consumentenrecht. T. Hartlief, *De vrijheid beschermd: enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 29-30.

consument zich in de praktijk gedraagt. Op basis hiervan zou zij kunnen legitimeren dat het soms wenselijk of zelfs noodzakelijk is om paternalistischer op te treden. In de volgende paragraaf zal ik er een deelgebied uitlichten waar naar mijn idee genuanceerdere wetgeving op zijn plaats is, namelijk de kredietreclame.

4.5 Casestudy: kredietreclame

4.5.1 Huidige regelgeving

4.5.1.1 Europese regelgeving

Kredietreclame valt in beginsel onder de reikwijdte van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Indien essentiële informatie in reclame ontbreekt, kan de gemiddelde consument geen geïnformeerd besluit nemen en moet de handelspraktijk als misleidend worden beschouwd.⁵⁹ De richtlijn noemt een aantal zaken, zoals de voornaamste kenmerken van het product en de prijs, die als essentieel moeten worden aangemerkt.⁶⁰ Hieronder valt ook de in communautaire wetgeving vereiste informatie met betrekking tot onder meer reclame.⁶¹ Zo is in de Richtlijn Consumentenkrediet bepaald dat reclames het jaarlijks kostenpercentage moeten weergeven, mits het om reclame gaat waarin iemand zich bereid verklaart krediet te verlenen en waarin de rente of andere cijfers worden genoemd met betrekking tot de kosten van het krediet.⁶² Dit is een minimale omschrijving van informatie die in een beperkt aantal reclames tot uiting moet worden gebracht. Momenteel is een nieuwe Richtlijn Consumentenkredietovereenkomsten in voorbereiding.⁶³ De informatieverplichtingen worden met deze richtlijn iets verder uitgebreid. Zo is een lijst met standaardinformatie opgenomen, die in de kredietreclames moet worden getoond. Wederom is dit alleen verplicht gesteld voor reclames, die een rentevoet of cijfers betreffende de kosten van het krediet vermelden. In de richtlijn worden enkele woorden gewijd aan de wijze waarop de informatie moet worden gepresenteerd. Zo moet de standaardinformatie op een grafisch overzichtelijke wijze aan de hand van een representatief voorbeeld worden vermeld.⁶⁴

59 Artikel 7 Richtlijn OHP.

60 Artikel 7 lid 4 Richtlijn OHP.

61 Artikel 7 lid 5 Richtlijn OHP.

62 Artikel 1 *quinquies* Richtlijn 98/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 tot wijziging van de Richtlijn 87/102/EEG van de Raad betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake consumentenkrediet (Richtlijn Consumentenkrediet) (*PbEG* 1998 L 101/17).

63 Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake consumentenkredietovereenkomsten en tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad, COM(2005)483 def/2 (niet gepubliceerd in Publicatieblad).

64 Artikel 4 Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake consumentenkredietovereenkomsten en tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad, COM(2005)483 def/2 (niet gepubliceerd in Publicatieblad).

4.5.1.2 Nederlandse regelgeving

De Nederlandse wet biedt de consument meer bescherming dan waartoe Europa verplicht. Zolang de nieuwe Richtlijn Consumentenkredietovereenkomsten nog niet in werking is getreden, zijn de lidstaten bevoegd voor alle kredietreclames strengere regels voor te schrijven.⁶⁵ Met name is artikel 53 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo) van belang. In dit artikel wordt gedetailleerd omschreven welke informatie moet worden verstrekt indien in de reclame-uiting de effectieve jaarrente of maandlast wordt genoemd. Zo moet bijvoorbeeld vermeld worden, de voor de berekening van dat percentage of die maandlast gehanteerde krediet som of kredietlimiet.⁶⁶ Bepaalde informatie-elementen dienen in een tabel geplaatst te worden, welke geen andere informatie mag bevatten.⁶⁷ Daarnaast worden door de Nederlandse wetgever enkele mededelingen verboden. Zo mogen kredietreclames geen mededelingen doen die zijn gericht op het gemak of de snelheid waarmee het krediet wordt verstrekt. Ook mogen reclames niet tot uiting brengen dat lopende overeenkomsten inzake krediet bij de beoordeling van een kredietaanvraag geen of een ondergeschikte rol spelen. Daarnaast mogen geen kenmerken van het krediet weergegeven worden waarin fiscale voordelen zijn verwerkt.⁶⁸ Nieuwe regels liggen in het verschiet. Zo heeft de Minister van Financiën aangekondigd dat hij waarschuwingssymbolen of symbolen voor kredietreclames op televisie en internet verplicht wil stellen. Daarnaast wil hij reclames verbieden waarin wordt geadverteerd met de mogelijkheid om met BKR-registratie of in afwijking van de geldende gedragscode een krediet te verkrijgen.⁶⁹

4.5.2 De verleiding van kredietreclame

In 2007 stond in Nederland een bedrag van 17,1 miljard euro uit aan consumptief krediet.⁷⁰ In datzelfde jaar zijn in Nederland 14.900 wettelijke schuldsaneringen uitgesproken en 47.500 minnelijke schuldregelingen aangevraagd.⁷¹ Dit zijn slechts de geregistreerde problematische schulden, daarnaast zullen er ongetwijfeld nog vele huishoudens onzichtbaar in financiële problemen verkeren. Volgens Elly Blanksma van het

65 Artikel 4 lid 9 Richtlijn OHP. De Richtlijn Consumentenkrediet voorziet in minimale harmonisatie. De nieuwe Richtlijn inzake kredietovereenkomsten voor consumenten geeft in overweging 9 aan dat zij kredietreclames maximaal zal harmoniseren. De Richtlijn voorziet echter niet in regulering van reclames die geen melding maken van kosten van het krediet, waarvoor de Lidstaten derhalve wel vrij zijn om dit te reguleren.

66 Artikel 53 lid 1-3, 5-10 en 12 Bgfo.

67 Artikel 53 lid 4 Bgfo.

68 Artikel 53 lid 11 Bgfo.

69 Kamerstukken II 2007/08, 24 515, nr. 119, p. 7.

70 CBS, Persbericht PBO8-010 van 14 februari 2008, p. 3. Er heeft wel een lichte daling plaatsgevonden ten opzichte van 2006 (17,4 miljard euro). De totale schuld (met roodstand en hypothecaire leningen) is echter gestegen van 25,3 miljard in 2006 euro naar 25,9 miljard euro in 2007.

71 CBS, 'Aantal schuldsaneringen neemt niet meer toe', *Webmagazine* maart 2008. Te raadplegen op <<http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/artikelen/archief/2008/2008-2414-wm.htm?RefererType=Favorite>>.

CDA ‘zitten in Nederland zo’n 160.000 mensen diep in de problemen door schulden’.⁷² Volgens het Europees Economisch Sociaal Comité is de laatste jaren de schuldenlast in bijna alle lidstaten gestegen, doordat het aantal (hogere) kredieten in geheel Europa enorm is toegenomen.⁷³

Speelt reclame een rol bij het verstrekken van onverantwoord krediet en de te hoge schuldenlasten? Het Economisch Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf (EIM) concludeert dat uit haar onderzoek ‘overkreditering aan banden’, in opdracht van het Ministerie van Financiën, geen aanwijzingen blijken dat kredietreclames aanzetten tot aankopen of tot het aangaan van leningen.⁷⁴ Voor de goede orde wijst het EIM er zelf echter op dat het onderzoek is gebaseerd op de directe antwoorden van consumenten in de internetenquête en de individuele gesprekken met consumenten. Waarbij het overigens opvallend is dat risicoconsumenten (consumenten die zelf aangeven moeilijk te kunnen rondkomen of in een lastige schuldensituatie te verkeren) zich vatbaarder tonen voor reclame.⁷⁵

Er is echter geen studie uitgevoerd, zo geeft het EIM aan, ‘naar mogelijke diepergaande, achterliggende processen in reclamebeleving en de indirecte invloeden van kredietreclame op de wens naar producten’.⁷⁶ Ook wordt erkend dat het maar de vraag is of het überhaupt wel mogelijk is, dat consumenten zelf een inschatting kunnen maken over ‘de mate waarin zij in hun beslissingen worden gestuurd door reclame’, maar dit bezwaar wordt in het onderzoek terzijde geschoven.⁷⁷ Het onderzoeken van achterliggende processen is echter van essentieel belang, omdat consumenten voornamelijk onbewust worden beïnvloed door reclame. Het simpelweg vragen naar de invloed van reclame heeft dus geen zin, omdat de consument er zelf geen weet van heeft.

Aan de hand van gedragsonderzoeken zoals besproken in § 3 in samenhang met de resultaten van het onderzoek van het EIM, wil ik laten zien dat kredietreclames van invloed zijn op het beslissingsproces van consumenten en daarmee kunnen bijdragen aan de hoge schuldenlast van consumenten.

Allereerst stelt het EIM dat consumenten zich bij de keuze voor een persoonlijke lening niet of nauwelijks oriënteren.⁷⁸ Uit gedragsonderzoek blijkt dat consumenten juist dan extra gevoelig zijn voor reclames.⁷⁹ Daarnaast geeft het EIM aan dat de motivatie om te kiezen voor een kredietverstrekker vaak niet is gebaseerd ‘op een vergelijking van harde kredietvoorwaarden, zoals het rentepercentage’.⁸⁰ Daarentegen spelen vertrouwen en

72 <<http://www.cda.nl/nieuws.aspx?itemID=4530>>.

73 Punt 3.1.5–3.1.7 van het Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over ‘Krediet en sociale uitsluiting in een maatschappij van overvloed’ (*PbEG* 2008, C 44/19).

74 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 60, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119.

75 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 71 en 83, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119.

76 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 59, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119.

77 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 60, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119.

78 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 62, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119.

79 Vergelijk ook M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 142.

80 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 62, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24515, nr. 119.

bekendheid met de kredietverstrekker een grote rol in de keuze van de consument.⁸¹ Dit zijn twee kenmerken die vooral door reclame worden bewerkstelligd. Verder vindt 55% van de consumenten dat kredietreclames laten zien dat lenen een wens in vervulling kan laten gaan.⁸² Dit geeft aan dat een lening toch als een erg verleidelijk product kan worden gezien.

Hoewel marketeers zelf vooral willen laten geloven dat reclames slechts inspelen op bestaande behoeftes, denk ik dat kredietreclames behoeftes kunnen creëren.⁸³ Zo wordt in vele kredietreclames verwezen naar producten die men zou kunnen kopen indien men een lening afsluit. Hierbij wordt vaak een beeld gecreëerd dat deze producten echt nodig zijn. Zo wordt geadverteerd met 'eindelijk' een nieuwe keuken en zijn 'nieuwe meubels een must' omdat de burens anders echt niet langs kunnen komen. De verleiding wordt nog groter als wordt benadrukt dat er 'veilig en betrouwbaar kan worden geleend en nooit meer dan voor u verantwoord is'. Obstakels worden weggenomen doordat in reclames tot uiting wordt gebracht dat men gemakkelijk kan lenen door de offerte via internet op te vragen en er daarna alleen nog maar naar de brievenbus hoeft te worden gelopen. Zo wordt een beroep gedaan op het gemak en de anonimiteit waarmee een lening afgesloten kan worden. Het EIM wijst er daarbij zelf op dat kredietverstrekkers veelal de toegankelijkheid en bereidwilligheid naar voren brengen in hun reclame-uitingen en dat dit van invloed is op het oriëntatiegedrag van de consument. Ook wordt door het EIM aannemelijk geacht dat reclame indirect bijdraagt aan een makkelijk of goedkoop imago van een kredietverstrekker en dit stimulerend kan werken voor consumenten om zich verder te oriënteren op een krediet.⁸⁴

Op grond van het bovenstaande wil ik concluderen dat kredietreclame van invloed is op het beslissingsproces van consumenten en daarmee bijdraagt aan de te hoge schuldenlast van consumenten. Dit wordt ondersteund door sociologische onderzoeken aangehaald door het Europees Economisch en Sociaal Comité. Zij wijst erop dat reclames in de top 10 van schuldoorzaken staan.⁸⁵

4.5.3 Een balans in regelgeving met betrekking tot kredietreclame

4.5.3.1 Nederlands perspectief

Vanwege de verleiding die van de reclames uitgaat en het beeld dat deze schetsen, namelijk dat lenen de normaalste zaak van de wereld is, kondigde het CDA op 27 maart 2008 aan een initiatief-wetsvoorstel te zullen indienen om televisiereclame voor lenin-

81 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 62, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119.

82 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 60, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119.

83 M. Solomon e.a., *Consumer behavior: a European perspective*, Harlow: Prentice Hall/Financial Times 2006, p. 21-23.

84 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 60-63, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119.

85 Punt 4.1 sub d van het Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over 'Krediet en sociale uitsluiting in een maatschappij van overvloed' (*PbEG* 2008, C 44/19).

gen te verbieden.⁸⁶ Een algeheel verbod kan naar mijn idee slechts als ultimum remedium toegepast worden. Er kan minder vergaande regelgeving worden ingevoerd, welke met de ideeën van het bedrijfsleven in overeenstemming is. Bijvoorbeeld door de inhoud, presentatie en hoeveelheid van de informatie te reguleren.⁸⁷ Daarnaast is keuzemogelijkheid voor de consument wenselijk. Persoonlijke leningen zijn niet per definitie schadelijk en dienen een functioneel doel in de samenleving.⁸⁸ Door kredietreclames algeheel te verbieden zou te ver worden doorgeslagen naar de paternalistische zijde. Wederom bepleit ik te zoeken naar een balans: keuzevrijheid als uitgangspunt, maar reclames zo reguleren dat leningen minder verleidelijk, makkelijk, normaal en toegankelijk voorkomen. Momenteel is de Nederlandse wetgeving naar mijn idee aardig op weg richting een balans tussen autonomie en paternalisme: keuzevrijheid en eigen verantwoordelijkheid zijn de uitgangspunten. Om deze optimaal tot uiting te laten komen, zijn informatieverplichtingen in de wet opgenomen. Door in de Bgfo expliciet aan te geven welke informatie moet worden gegeven, wordt aandacht besteed aan de inhoud van de te geven informatie. Dit geldt echter maar voor een bepaald aantal specifiek omschreven reclames. Deze verplichte informatie kan daarbij aan kracht verliezen als zij wordt omringd door veel andere informatie. Hierop wordt door het besluit ingespeeld door voor bepaalde informatie-elementen te bepalen dat deze in een tabel geplaatst moeten worden, welke geen andere informatie mag bevatten. Hierdoor wordt ook rekening gehouden met de wijze waarop informatie moet worden gepresenteerd. Daarnaast gelden uitdrukkelijke verboden, welke in geen enkele kredietreclame tot uiting mogen worden gebracht. Zo wordt tegemoet gekomen aan het bezwaar dat veel regelgeving niet effectief is, omdat kredietverstrekkers geen kredietprijs noemen en alleen dan de regelgeving van toepassing is.⁸⁹ Daarnaast wordt aangesloten bij het inzicht dat het niet altijd beter is om zo veel mogelijk informatie te verschaffen.⁹⁰ Consumenten kunnen en willen vaak maar een beperkt aantal informatie-elementen tegelijk verwerken. Ik denk dat de lijst met verboden verder aangevuld zou kunnen worden, zonder dat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de keuzevrijheid van consumenten. Zo zou ik ervoor willen pleiten dat in reclame-uitingen niet mag worden vermeld dat veilig, betrouwbaar of verantwoordelijk kan worden geleend, kenmerken waarop kredietverstrekkers zich steeds meer beroepen.⁹¹ Dat alle kredietreclames binnenkort waarschuwingszinnen of symbolen moeten bevatten, is mijns inziens onvoldoende om de consument te beschermen. Indien kredietverstrekkers daarnaast mogen blijven claimen dat hun producten veilig

86 <<http://www.cda.nl/nieuws.aspx?itemID=4530>>.

87 C. Guthrie, *Law, Information, and Choice: Capitalizing on Heuristic Habits of Thought*, 2005, p. 433-435. Te raadplegen op <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=900133>.

88 Argument dat aangehaald wordt door de Minister van Financiën in 'Evaluatie Kredietregels', bijlage bij *Kamerstukken II*, 24515, nr. 119, p. 6.

89 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 92, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119.

90 Ook Guthrie geeft aan dat door te regelen welke informatie niet mag worden gegeven in dit verband nodig is. C. Guthrie, *Law, information, and choice: capitalizing on heuristic habits of thought*, 2005, p. 435. Te raadplegen op <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=900133>.

91 EIM, Overkreditering aan banden, september 2007, p. 92, bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 24 515, nr. 119.

en betrouwbaar zijn, is dit tegenstrijdig en kan het anchoring effect optreden.⁹² Door de mededeling in de reclame zelf verwacht de consument dat het om een veilig product gaat. Als zijn aandacht al wordt getrokken door de waarschuwing, zal de consument niet snel zijn verwachtingen hierdoor aanpassen, vanwege het gevestigde veilige beeld van het product.

Daarnaast wil ik ervoor pleiten dat reclames geen suggesties mogen doen voor producten die men zou kunnen aanschaffen met de lening, zoals keukens, auto's en dergelijke. Hierdoor wordt minder risico gelopen dat met reclames behoeftes worden gecreëerd.

De Nederlandse wetgever moet er echter wel rekening mee houden dat wanneer de nieuwe Richtlijn Consumentenkredietovereenkomsten in werking treedt, deze voor een groot deel de regulering van kredietreclames maximaal harmoniseert. De lidstaten zijn alleen ten aanzien van reclame waarin géén informatie wordt gegeven over de kosten van het krediet vrij in hun nationale wetgeving extra informatievereisten voor te schrijven. Het zou daarom wenselijk zijn dat met name op Europees niveau een goed beschermingsniveau voor de consument wordt bereikt.

4.5.3.2 *Europees perspectief*

De Europese wetgever gaat er in de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken van uit dat bescherming tegen kredietreclames kan worden gewaarborgd door de consument volledig en juist te informeren, zonder aandacht te hebben voor inhoud, presentatie en hoeveelheid van de informatie. In de nieuwe Richtlijn Consumentenkredietovereenkomsten wordt, door de regeling van standaardinformatie en de wijze waarop deze moet worden gepresenteerd, enige aandacht besteed aan inhoud en presentatie. Dit geldt echter voor een te beperkt aantal reclames. Deze regels gelden alleen voor reclames welke een rentevoet of ander cijfer met betrekking tot de kredietkosten tot uiting brengen, terwijl kredietverstrekkers steeds meer een beroep doen op andere kenmerken dan de kredietprijs. Beide richtlijnen hebben daarnaast onvoldoende oog voor het feit dat standaardinformatie aan kracht verliest, als zij wordt omgeven door irrelevante, tegenstrijdige of ander verleidelijke informatie.

De Europese wetgever zou na moeten gaan van welke informatie het wenselijk is dat deze door de consument wordt gebruikt in zijn beslissing tot het aangaan van krediet en deze informatie verplicht stellen voor alle kredietreclames. Ook de wijze van presentatie moet worden gereguleerd. Om te voorkomen dat deze essentiële informatie aan kracht inboet door te veel omringende concurrerende informatie, zou een lijst met verboden moeten worden opgesteld. Bij het opstellen van deze regelgeving kan de Europese wetgever goed gebruikmaken van de inzichten van marketeers, nu deze op basis van jarenlang onderzoek als geen ander weten hoe, welke informatie, op de juiste wijze aan de consument kan worden overgebracht.

Hierop vooruitlopend denk ik dat het wenselijk is dat de consument zich bij het aangaan van een krediet voornamelijk zou baseren op de kredietprijs. Het effectieve kredietvergoedingspercentage en de maandlasten zouden dan ook verplicht gesteld moeten wor-

92 R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics', *California Law Review* 2000, p. 1102.

den. Daarbij kunnen de verplichtingen die daarvoor nu gelden gewoon blijven gelden. Verder kan voor de wijze waarop deze wordt gepresenteerd, worden geregeld dat de kredietprijs tenminste een bepaalde tijd in televisiereclames moet worden getoond of een aantal keer moet worden herhaald in radioreclames. In geval van advertenties kan een percentage van de grootte hiervan als maatstaf dienen, om te bepalen hoe groot de kredietprijs moet worden weergegeven. Bij visuele reclames kan daarnaast bepaald worden dat deze in een apart kader moeten worden vermeld waarin geen andere informatie mag worden opgenomen. Om te voorkomen dat de informatie aan kracht inboet wegens concurrerende informatie buiten dit kader, zou een lijst met verboden moeten worden opgesteld. Deze verboden zouden voornamelijk moeten inhouden mededelingen die zich richten op de toegankelijkheid, gemak, veiligheid, betrouwbaarheid en noodzaak waarop de kredietverstrekkers zich richten. Deze voorstellen zorgen er mijns inziens voor dat de consument zijn keuzevrijheid blijft behouden, maar helpt de consument aan een beperkte hoeveelheid relevante informatie waarop de consument zijn beslissing kan baseren.

4.6 Conclusie

Bij het opstellen van Europees beleid, wetgeving en rechtspraak op het gebied van consumentenbescherming tegen reclame wordt een rationeel consumentenbeeld als uitgangspunt genomen. De gemiddelde consument moet autonoom, goed gefundeerde keuzes kunnen maken en zal daarmee voor zichzelf op kunnen komen. Maatregelen die ervoor zorgen dat de consument volledig wordt geïnformeerd bieden daarom voldoende bescherming. Reclames die de gemiddelde consument misleiden, beletten deze een geïnformeerde keuze te maken en zijn dan ook verboden. Indien echter zeer grote belangen op het spel staan, zoals de lichamelijke gezondheid of veiligheid, moet een ieder door middel van verdergaande beschermingsmaatregelen worden beschermd. In bijzondere wetgeving op het gebied van reclame, welke het beschermen van de volksgezondheid tot doel hebben, worden verschillende reclames verboden of streng gereguleerd, of deze nu misleidend zijn of niet. Deze maatregelen worden noodzakelijk geacht, los van de vraag in hoeverre consumenten op basis van goed gefundeerde keuzes voor zichzelf op kunnen komen. De Europese regelgever erkent hiermee echter niet dat consumenten wellicht niet zo rationeel handelen als waarvan in de reclameregelgeving wordt uitgegaan.

Degene tot wie de regelgeving zich richt, het bedrijfsleven, gaat er op basis van psychologisch gedragsonderzoek en met behulp van de inzichten van de behavioral law and economics van uit dat consumenten op verschillende manieren worden beperkt in hun vermogen tot rationeel handelen. Volgens hen bestaat er geen gemiddelde consument die alle relevante informatie zal vergaren, deze vervolgens goed kan verwerken en altijd zijn eigen belang zal nastreven. Producenten, marketeers en reclamemakers spelen graag op al deze beperkingen in.

Door het verschil in deze twee consumentenbeelden kan er mijns inziens een leemte ontstaan in het beschermingsniveau en is verdergaande en paternalistische regelgeving eerder gerechtvaardigd dan de Europese wetgever nu doet voorkomen. Idealiter zou een balans moeten worden gevonden tussen autonomie en paternalisme. De Europese regel-

gever hanteert momenteel een te autonoom uitgangspunt door niet te erkennen dat consumenten soms meer behoefte hebben aan bescherming, omdat zij beperkt worden in hun vermogen tot rationeel handelen. Daarbij moet echter niet te ver doorgeslagen worden naar de paternalistische zijde. Ik denk dat een goede balans zou kunnen worden gevonden indien de Europese wetgever de inzichten uit het bedrijfsleven zou gebruiken om genuanceerdere wetgeving tot stand te brengen, welke beter aansluit bij het gedrag van consumenten in de praktijk.

Door middel van de casestudy op het gebied van kredietreclame heb ik willen laten zien hoe dit concreet kan uitpakken. De Nederlandse wetgeving is naar mijn idee al een eind op weg richting een balans tussen autonomie en paternalisme. De Europese richtlijnen op het gebied van kredietreclame besteden daarentegen nog te weinig aandacht aan de inhoud, presentatie en hoeveelheid van informatie. Ik zou graag zien dat het noemen van het effectieve vergoedingspercentage en maandlasten verplicht wordt. Door de presentatie van informatie gedetailleerd te reguleren zal bewerkstelligd kunnen worden dat de informatie beter bij de consumenten overkomt. Irrelevante en verleidelijke informatie-elementen, waarvan het niet wenselijk is dat de consument zich hierdoor laat leiden, dienen verboden te worden. Met deze genuanceerdere wetgeving behoudt de consument zijn keuzemogelijkheden, terwijl hij wel wordt geholpen aan een beperkte hoeveelheid relevante informatie waarop hij zijn keuze kan baseren.

V De zorgplicht van de direct writer voor de particuliere verzekeringnemer

Sophieke Bredemeijer-Pilon

De direct writer neemt in de huidige maatschappij een belangrijke positie in bij het sluiten van verzekeringsovereenkomsten. Met name schadeverzekeringen worden door particuliere verzekeringnemers steeds vaker direct bij de verzekeraar afgesloten. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is welke zorg een verzekeringnemer van de direct writer kan verwachten en of de situatie in dezen wenselijk is. De zorgplicht van de direct writer zal vergeleken worden met de zorgplicht van de assurantietussenpersoon en met de bancaire zorgplicht voor de belegger. Hieruit volgt de conclusie dat van een verzekeringnemer bij direct writing beduidend meer autonomie wordt verwacht. In deze bijdrage zal worden betoogd dat, nu de maatschappij verandert en verzekeringnemers er steeds vaker voor kiezen hun (schade)verzekering rechtstreeks af te sluiten in plaats van bijvoorbeeld via een assurantietussenpersoon, het recht zich moet aanpassen en de zorgplicht van de direct writer aangescherpt dient te worden. Ook de direct writer zou de plicht moeten hebben om, evenals bijvoorbeeld de bank, een zekere mate van paternalisme (in de zin van: het beschermen van de consument en het corrigeren van informatie-asymmetrie) ten grondslag te leggen aan zijn financiële dienstverlening. In deze bijdrage wordt een aantal aanbevelingen gedaan voor de concrete invulling van de zorgplicht van de direct writer. Bij deze invulling is het op basis van inzichten vanuit de psychologie van belang in het oog te houden dat de effectiviteit van zorg- en informatieplichten beperkt is. Daarnaast dient ook de eigen verantwoordelijkheid van de verzekeringnemer een rol te blijven spelen in de relatie met de verzekeraar.

5.1 Inleiding

‘Verzekeren kan je zelf’ is de slogan van een bekende direct writer. De direct writer is een verzekeraar die rechtstreeks, zonder tussenkomst van een tussenpersoon, verzekeringen afsluit met verzekeringnemers.¹ Het is tegenwoordig betrekkelijk eenvoudig om rechtstreeks een verzekeringsovereenkomst te sluiten met een verzekeraar. Met name de opkomst van het internet heeft de communicatie vergemakkelijkt. Voor wat betreft het sluiten van de verzekering zelf verdient de slogan instemming. Het is echter de vraag of een verzekeringnemer bij direct writing voldoende beschermd wordt bij het bepalen welke verzekering aansluit bij zijn of haar preferenties en behoeften. Dit wordt in de bijdrage allereerst vanuit theoretisch perspectief beschouwd: wat houdt de zorgplicht van de direct writer in en wat zijn overeenkomsten en verschillen met twee andere financiële

¹ De verzekeringnemer is de wederpartij van de verzekeraar bij het afsluiten van de verzekering. De verzekerde is degene wiens lijf of belang is verzekerd. In het vervolg van deze bijdrage is het verschil tussen de termen niet van belang en worden ze beide gebruikt.

dienstverleners.² Tevens wordt de bescherming van de verzekeringnemer bekeken vanuit het praktisch oogpunt van de huidige verzekeringsmarkt. Er is een enquête gehouden om een inschatting te maken in hoeverre verzekeringnemers behoefte hebben aan zorg van de direct writer (op basis van kennis en preferenties) en wat zij beschouwen als eigen verantwoordelijkheid. Conclusies uit de resultaten van de enquête zijn, waar relevant, in de bijdrage verwerkt. Voor een meer uitgebreide beschrijving van de enquête en de resultaten wordt verwezen naar de appendix achter deze bijdrage.

In deze bijdrage staat de vraag centraal wat de zorgplicht van de direct writer inhoudt en in welke mate de zorg die door de direct writer aan de verzekeringnemer verleend wordt wenselijk is in de huidige verzekeringsmarkt. In § 2 wordt de verzekeringsmarkt nader in kaart gebracht: welke distributiekkanalen zijn er en via welke kanalen worden bepaalde verzekeringen afgesloten? § 3 gaat over de zorgplichten van de onafhankelijk assurantietussenpersoon, van wie door zijn taak als opdrachtnemer van de verzekeringnemer een hoge mate van zorg wordt verwacht. In § 4 wordt de betekenis van de zorgplicht van de direct writer in de huidige wetgeving en jurisprudentie behandeld. Wat betreft de zorgplicht van de assurantietussenpersoon (§ 3) en de direct writer (§ 4) wordt onderscheid gemaakt tussen de gewone civielrechtelijke zorgplicht en de zorgplicht die geldt op basis van de Wet op het financieel toezicht (verder: Wft). § 5 gaat over de bancaire zorgplicht voor de belegger. Uit § 3 tot en met § 5 volgt de conclusie dat de mate van zorg die een direct writer verleent aan de verzekeringnemer, in vergelijking met de zorgplicht van de assurantietussenpersoon en de bancaire zorgplicht voor de belegger, niet groot is. In § 6 wordt uiteengezet of een meer paternalistische houding van de direct writer wenselijk is. Daarbij wordt de vraag beantwoord of zwaardere zorgen/of informatieplichten ten opzichte van de verzekeringnemer noodzakelijk zijn. De bijdrage wordt afgesloten met § 7, de conclusie.

5.2 De particuliere verzekeringsmarkt

5.2.1 Distributiekkanalen en de Wft

De verzekeringnemer kan via verschillende distributiekkanalen een verzekering afsluiten. Allereerst kan hij advies inwinnen bij een adviseur, waarna hij zelf bij een verzekeraar de verzekering afsluit. Ten tweede kan de overeenkomst tot stand komen met tussenkomst van een bemiddelaar, die de verzekeringnemer voordien al dan niet adviseert. De belangrijkste bemiddelaar in verzekeringsland is de assurantietussenpersoon. De assurantietussenpersoon kijkt welke verzekeringen nodig zijn voor de verzekeringnemer en welke verzekering het beste aansluit bij zijn wensen en preferenties. Andere kanalen waarlangs een verzekeringnemer een verzekering af kan sluiten met een verzekeringsmaatschappij zijn bijvoorbeeld de werkgever (employee benefits), bancassurance,

2 Ik gebruik de term 'financiële dienstverlener', zoals de Wet op het financieel toezicht die gebruikt voor 'degene die een ander financieel product dan een financieel instrument aanbiedt, die adviseert over een ander financieel product dan een financieel instrument of die bemiddelt, herverzekeringsbemiddelt, optreedt als gevolmachtigd agent of optreedt als ondergevolmachtigde agent' (art. 1:1).

autobedrijven, detailhandel en reisbureaus. Meestal geldt dat de verzekeringnemer na het afsluiten van de verzekeringsovereenkomst zelf direct op de verzekeraar is aangewezen.³ Ten slotte kan de verzekeringnemer zelf ook direct bij de aanbieder de verzekering afsluiten. Dit aanbieden van verzekeringen zonder advisering noemen we wel *direct writing* op basis van *execution only*.

Het uitgangspunt van de Wft is dat het niet uitmaakt via welk distributiekanaal het financiële product wordt aangeschaft (distributieconsistentie) en in welke financiële sector het product zijn oorsprong vindt (cross-sectorconsistentie). De wetgever relateert regels namelijk aan activiteiten (aard van de dienstverlening) en niet aan instellingen.⁴ De Wft gaat ervan uit dat de financiële dienstverlener de consument of cliënt adviseert. Indien ze dit niet doet, moet ze dit kenbaar maken bij aanvang van de werkzaamheden.⁵ Adviseren is 'het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van een of meer specifieke financiële producten aan een bepaalde cliënt'.⁶ In § 3 en § 4 wordt behandeld welke zorgplichten de Wft verbindt aan het al dan niet adviseren.

5.2.2 Keuze van het distributiekanaal door particulieren per productgroep

5.2.2.1 Productgroepen

Het BW maakt onderscheid tussen schade- en sommenverzekeringen. Bij een sommenverzekering (bijv. levensverzekering) maakt het geen verschil of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed.⁷ Het verzekerde belang bij de levensverzekeringen bestaat uit het leven of de dood van de verzekerde persoon.⁸ Schadeverzekeringen strekken tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden.⁹

5.2.2.2 Keuze van het distributiekanaal door particulieren

Uit cijfers van het Verbond van Verzekeraars blijkt dat de assurantietussenpersoon nog steeds een belangrijke positie inneemt in de levensverzekeringsmarkt. De verzekeringnemer heeft behoefte aan advies bij het afsluiten van een levensverzekering in verband met de ingewikkeldheid van het product en de vele productvarianten. Het is met name in dit segment van de verzekeringsmarkt waar de tussenpersoon niet bedreigd wordt door de

3 Consultatienota 'Bemiddeling in financiële diensten', Den Haag: Ministerie van Financiën 2001, <www.minfin.nl/nl/actueel/kamerstukken_en_besluiten/2001/06/consultatienota_bemiddeling_in_financiele_diensten.html>.

4 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 21-22 en R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, 'Transparante bemiddeling door de Wet financiële dienstverlening?', *AV&S* 2005, p. 107-116.

5 Art. 4:23 lid 2 Wft.

6 Art. 1:1 Wft.

7 Art. 7:964 BW.

8 A. Oosenbrug, *Levensverzekering in Nederland*, Rotterdam: Erasmus Finance & Insurance Centre 1999, p. 28 en S.C.W. van Egmond, *Is verzekeren moeilijk?* (Serie Bank- en Effectenbedrijf), Amsterdam: NIBE-SVV 2002, p. 21-22. Voorbeelden van levensverzekeringen zijn pensioen-, lijfrente- en natura-uitvaartverzekeringen.

9 Art. 7:944 BW. Voorbeelden van schadeverzekeringen zijn inboedel-, reis- en autoverzekeringen. Zie verder: A. Oosenbrug e.a., *Schadeverzekering in Nederland*, 's-Gravenhage: Delwel Uitgeverij 1996.

direct writer.¹⁰ De verzekeringnemer ervaart persoonlijk contact en advies bij het afsluiten van een complex financieel product als een levensverzekering als zeer belangrijk.¹¹

Tabel 1 Aandeel distributiekanaal als percentage van de totale markt van levensverzekeringen

	1996	2002	2004	2005
Tussenpersoon	58	53,2	45,4	58,2
Direct writer	20,6	25,0	36,1	24,3
Banken	9,3	12,1	12,6	12,0
Overig (o.a. werkgever)	12	9,7	6,0	5,4

Bron: Verbond van Verzekeraars, Verzekerd van cijfers 2003, 2005 en 2007.

In de schadeverzekeringsbranche daarentegen sluit de direct writer een steeds groter aandeel van het totaal aantal verzekeringen af. Het Centrum voor Verzekeringsstatistiek (verder: CVS) denkt dat het aandeel van de directe afzet de komende jaren zal blijven stijgen.¹² De verzekeringsconsument prefereert *fast & simple*¹³ met name bij eenvoudige schadeverzekeringen, zoals auto- en reisverzekeringen, die een meer standaard karakter hebben en onderling makkelijk vergelijkbaar zijn. De verzekeringnemer kiest graag voor de bereikbaarheid en het gemak van bijvoorbeeld het internet, waar onderlinge vergelijking eenvoudig is.¹⁴ Dit blijkt ook uit de resultaten van de enquête, waar bijna 80% van de respondenten te kennen geeft een reisverzekering af te sluiten bij een direct writer. Verzekeringnemers zijn veelal van mening dat zij zelf in kunnen schatten welke reisverzekering aansluit bij hun preferenties en behoeften en dat een advies van een assurantietussenpersoon hierbij niet nodig is. Wat betreft zorgverzekeringen is het marktaandeel van de direct writer zelfs viermaal zo groot als het aandeel van de tussenpersoon. De directe verkoop via internet van schadeverzekeringen lijkt de toekomst te worden.¹⁵ Het is daarom met name in deze schadeverzekeringsbranche van belang om te bepalen welke zorg een direct writer aan zijn verzekeringnemer dient te verlenen.

10 Consultatiedocument *Het intermediaire distributiekanaal*, November 2004, <www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Publicaties/Consultatiedoc/Consultatiedocument___Het_Intermediaire_Distributiekanaal.asp>.

11 O. Bar-Gill, 'The behavioral economics of consumer contracts', in: O. Bar-Gill & R.A. Epstein, 'Consumer contracts: behavioral economics vs. neoclassical economics', *NYU Law and economics research paper*, p. 7, <www.ssrn.com/abstract=982527>.

12 'Meeste schadepolissen vorig jaar rechtstreeks verkocht', *Assurantie Magazine* 1 juni 2007, nr. 11, p. 37.

13 W.J. Hengeveld & B.M. Jonk-van Wijk, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', in: P.J.M. Drion e.a. (red), *Tussen persoon en recht: opstellen aangeboden aan prof.mr. J.G.C. Kamphuisen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 129.

14 'Intermediairmaatschappij ontkomt niet aan directe verkoop via internet', *Assurantie Magazine* 2 mei 2008, p. 18-19. Zie voor kanaalvoorkeur en aankoopgedrag verder ook: R.J. van der Bie & E. Beukema, *Assurantiejaarboek 2007*, Deventer: Kluwer 2006, p. 41-42.

15 Momenteel is een wetsvoorstel aanhangig bij de Tweede Kamer, dat het mogelijk maakt dat verzekeraars de verkoop van verzekeringen geheel elektronisch kunnen afwikkelen: *Kamerstukken II* 2007/08, 31 358, nr. 2.

Tabel 2 Aandeel distributiekanaal als percentage van de totale markt van schadeverzekeringen

	1996	2002	2004	2005
Tussenpersoon	54,3	49,0	41,4	43,4
Direct writer	25,4	30,3	34,3	34,3
Banken	12,9	12,7	16,0	16,3
Overig (o.a. werkgever)	7,4	8,0	8,1	6,0

Bron: Verbond van Verzekeraars, Verzekerd van cijfers 2003, 2005 en 2007.

5.3 De zorgplichten van de onafhankelijk assurantietussenpersoon

De adviestaak van de onafhankelijk assurantietussenpersoon houdt in dat hij de preferenties van de verzekeringnemer achterhaalt en deze koppelt aan een passende verzekering. De tussenpersoon bemiddelt tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer bij het tot stand komen van de verzekeringsovereenkomst. Na het afsluiten van de verzekering verzorgt de assurantietussenpersoon eventuele schadeafhandelingen en beheert hij de verzekeringsportefeuille voor de verzekerde. Dit laatste houdt in dat hij waakt voor eventuele tussentijdse wijzigingen in persoonlijke omstandigheden van de verzekerde en wijzigingen met betrekking tot de dekking. De tussenpersoon verzorgt eventueel de premie-incasso.¹⁶

5.3.1 De civielrechtelijke zorgplicht

Op de assurantietussenpersoon zijn de bepalingen inzake 'opdracht' van Titel 7 van Boek 7 BW van toepassing. Dit leidt er onder andere toe dat op de assurantietussenpersoon de civielrechtelijke zorgplicht van art. 7:401 BW rust, hetgeen betekent dat hij de open norm 'zorg van een goed opdrachtnemer' in acht moet nemen. Het houdt ook in dat de assurantietussenpersoon gebonden is aan de informatieplicht van art. 7:403 BW. De zorgplicht van art. 7:401 BW is door de Hoge Raad omschreven als 'de tegenover de opdrachtgever in acht te nemen zorg die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot tegenover zijn opdrachtgever mag worden verwacht'.¹⁷ Uit de jurisprudentie kunnen we opmaken hoe de Hoge Raad in de gegeven omstandigheden invulling geeft aan de open zorgvuldigheidsnorm voor de assurantietussenpersoon. Allereerst blijkt dat de zorgvuldigheidsnorm van de assurantietussenpersoon al geldt voordat de verzekeringsovereenkomst daadwerkelijk gesloten is. Vanaf het allereerste contact tussen assurantietussenpersoon en (aspirant)verzekeringnemer gelden de zorgvuldigheidsplichten voor de tussenpersoon.¹⁸ Kamphuis onderscheidt vier fasen in het takenpakket van de assurantietussenpersoon, die allemaal bepaalde zorgplichten met zich

¹⁶ Consultatienota 'Bemiddeling in financiële diensten', Den Haag: Ministerie van Financiën 2001, <www.minfin.nl/nl/actueel/kamerstukken_en_besluiten,2001/06/consultatienota_bemiddeling_in_financieel_diensten.html> en C.J. de Jong, 'De verzekeringstussenpersoon nader beschouwd', *NTHR* 2008, p. 45-54.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 375 (Octant/Brals).

¹⁸ HR 29 januari 1999, *NJ* 1999, 651 (Scheck/Sluyter).

meebrengen.¹⁹ Met name in de eerste twee fasen is het van belang de verzekeringnemer te informeren over de inhoud van het verzekeringsproduct en te zorgen dat de dekking overeenkomt met zijn of haar preferenties.²⁰ De tussenpersoon moet voor de totstandkoming van de verzekering onderzoek verrichten naar alle informatie die van belang is voor de dekking en de verzekeringnemer informeren over de inhoud van de verzekeringsovereenkomst.²¹ Daarnaast heeft de assurantietussenpersoon ook na de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst de plicht om de verzekerde in te lichten over omstandigheden die mogelijk gevolgen hebben voor de dekking en de plicht naar deze omstandigheden eventueel nader onderzoek te verrichten. De zorgplicht houdt in dat de tussenpersoon actief moet signaleren en informeren. Dit signaleren kan bijvoorbeeld liggen in omstandigheden van de verzekeringnemer in combinatie met de polisvoorwaarden en wijzigingen in de wetgeving die van belang kunnen zijn voor de verzekerde, waar de tussenpersoon de verzekerde vervolgens op moet wijzen. De zorgplicht van de assurantietussenpersoon vereist een actieve en onderzoekende houding ten aanzien van feiten die gevolgen hebben voor de verzekeringsovereenkomst. Uit deze actieve en onderzoekende houding vloeit een waarschuwingsplicht voort ten opzichte van de verzekerde over gevolgen voor de verzekeringsovereenkomst.²² De zorgvuldigheidsnorm is zwaarder of lichter al naar gelang de omstandigheden van het geval. Er wordt wel gesproken van een 'waakplicht' van de assurantietussenpersoon.²³

5.3.2 De zorgplichten voortvloeiend uit de Wft

Naast de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm uit het BW gelden sinds 1 januari 2007 voor de financiële dienstverlener ook de vereisten die voortvloeien uit de Wft.²⁴ Voor de assurantietussenpersoon zijn met name art. 4:20 en 4:23 Wft van belang.

19 Fase 1: kennen van het te verzekeren risico, fase 2: opstellen van het dekkingsconcept, fase 3: onderbrengen van het risico, fase 4: looptijd van de verzekering.

20 J.G.C. Kamphuisen, *De opdracht aan de assurantietussenpersoon* (Serie Verzekeringsrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 6-9, 25-27 en 34-36.

21 De tussenpersoon heeft in de fase van het sluiten van de overeenkomst een mededelingsplicht naar de verzekeraar om een beroep op verzwijging te voorkomen. Onder bepaalde omstandigheden betekent dit dat de tussenpersoon een onderzoeksplicht heeft naar deze feiten en de plicht de verzekeringnemer hierover te informeren. HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 718 (Korea Trading) en HR 11 december 1998, *NJ* 1999, 650 (S/Van N). Zie ook R. Feunekes, 'De zorgplicht van assurantietussenpersonen bij de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten', *NTHR* 2007, p. 164-167.

22 HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 586 (Rabobank/Gorredijk) en HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 375 (Octant/Brals).

23 W.J. Hengeveld & B.M. Jonk-van Wijk, 'De zorgplicht van de assurantietussenpersoon', in: P.J.M. Drion e.a. (red), *Tussen persoon en recht: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.G.C. Kamphuisen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 116-117.

24 De Wft is toezichtwetgeving en heeft acht toezichtwetten vervangen, waaronder de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 en de Wet assurantiebemiddeling. De Wft regelt het toezicht op de financiële sector in Nederland.

5.3.2.1 *Clëntenprofiel*

De tussenpersoon moet, indien hij zoals gebruikelijk handelt als adviseur van de verzekeringnemer, krachtens art. 4:23 Wft een cliëntenprofiel opstellen. Het cliëntenprofiel houdt in dat de tussenpersoon informatie van de verzekeringnemer inwint betreffende zijn financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid. Op dit profiel dient de adviseur zijn advies te baseren. Wat betreft dit cliëntenprofiel heeft de wetgever een aantal vrijstellingen gegeven. De hoeveelheid in te winnen informatie over de cliënt hangt af van de complexiteit van het product. Voor de verzekeringsbranche houdt dit over het algemeen in dat de vrijstelling geldt voor schadeverzekeringen, met uitzondering van verzekeringen in verband met het wegvallen van het inkomen van verzekerde. Voor levensverzekeringen geldt de ‘ken uw cliënt-bepaling’ in beginsel wel.²⁵

5.3.2.2 *Informatieplicht*

Art. 4:20 Wft bepaalt in lid 1 dat de financiële dienstverlener voorafgaand aan het adviseren of de totstandkoming van de overeenkomst een informatieplicht heeft naar de cliënt, voor zover de informatie redelijkerwijs relevant is voor de beoordeling van het verzekeringsproduct.²⁶ De verzekeringnemer moet met de verkregen informatie een adequate beoordeling van de verzekering kunnen maken. Hiertoe zijn in elk geval gegevens over het product, de dienstverlening, de overeenkomst zelf en de betrokken financiële ondernemingen noodzakelijk. De informatie die de adviseur moet verstrekken is afhankelijk van de complexiteit van het financiële product, in dit geval de verzekering. De adviseur dient hierbij (bijvoorbeeld met behulp van de ingewonnen informatie krachtens art. 4:23 Wft) zijn informatieverstrekking af te stemmen op de specifieke individuele omstandigheden van de verzekeringnemer.

5.3.3 *Eigen verantwoordelijkheid/eigen schuld van de verzekeringnemer*

Als de assurantietussenpersoon zijn zorgplichten tegenover verzekeringnemer niet is nagekomen is hij in beginsel aansprakelijk. Eigen verantwoordelijkheid van de verzekeringnemer kan er onder omstandigheden toe leiden dat de tussenpersoon niet aansprakelijk is of dat de aansprakelijkheid wordt gemitigeerd. Dit laatste betekent dat de rechter kan bepalen dat de verzekeringnemer in bepaalde omstandigheden een eigen verantwoordelijkheid heeft, waardoor een deel van de schade voor eigen rekening dient te blijven.²⁷ Bij deze ‘bepaalde omstandigheden’ kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het nalaten de polisvoorwaarden of brochures te lezen of het niet informeren door de

²⁵ MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 19, p. 512 en art. 41 lid 2 Vrijstellingsregeling Wft.

²⁶ Ook gedurende de looptijd van de verzekering heeft de assurantietussenpersoon een informatieplicht inhoudende wezenlijke wijzigingen, krachtens art. 4:20 lid 3 Wft. Deze informatie moet *tijdig* verstrekt worden, wat wil zeggen dat de verzekerde een reële mogelijkheid moet hebben om te reageren op bijvoorbeeld veranderde omstandigheden. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 19, p. 509-511.

²⁷ Art. 6:101 lid 1 BW.

verzekerde van de assurantietussenpersoon over omstandigheden waar dit wel van de verzekerde verwacht mocht worden.²⁸

5.4 De zorgplichten van de direct writer

Een direct writer werkt zonder bemiddeling door tussenpersonen en heeft derhalve direct contact met zijn verzekeringnemers. In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord wat de gevolgen zijn van direct writing voor de zorg die ten aanzien van de verzekeringnemer in acht wordt genomen.

5.4.1 De civielrechtelijke zorgplicht

Voor de direct writer bestaat geen specifieke civielrechtelijke zorgplicht, als in art. 7:401 BW voor de assurantietussenpersoon. Wel is in de literatuur bepleit dat een algemene civielrechtelijke zorgplicht voor een direct writer geldt, in de zin dat hij zijn diensten moet verrichten als 'zorgvuldig handelend dienstverlener'. Dit zou kunnen betekenen dat, ondanks het feit dat de direct writer in beginsel handelt op basis van *execution only* en derhalve niet adviseert, hij toch onder omstandigheden²⁹ de plicht heeft te informeren of te waarschuwen en er niet aan ontkomt te adviseren.³⁰ Voor de verzekeringnemer staat uiteraard de mogelijkheid open een beroep te doen op wilsgebreken uit het contractenrecht.³¹ Daarnaast biedt de regeling betreffende de algemene voorwaarden van afdeling 6:5.3 BW enig houvast.

5.4.1.1 Informatieverplichtingen betreffende algemene voorwaarden

De verzekeringsovereenkomst is schriftelijk vastgelegd in een polis. Een polis bevat polisvoorwaarden (verzekeringsovereenkomsten). Deze polisvoorwaarden zijn algemene voorwaarden die het sluiten van overeenkomsten vergemakkelijken. Ze geven de verzekeringsconsument belangrijke informatie met betrekking tot de kern van het verze-

28 P.M. Leerink, 'De aansprakelijkheid van de assurantietussenpersoon. Over de verantwoordelijkheden van de assurantietussenpersoon, de cliënt en de verzekeraar naar huidig recht en na invoering van de Wet financiële dienstverlening (Wfd)', *Praktisch Procederen* 2005, p. 153-160.

29 Bijvoorbeeld wanneer een verzekeringnemer een verzekering wil afsluiten waarbij het voor de verzekeraar evident is dat deze niet aansluit bij de behoeften en preferenties van deze verzekeringnemer.

30 M. Bouman, 'De zorgplicht van de tussenpersoon bij zijn advisering. Deel 1', *Bb* 2006, p. 12-15; M. Bouman, 'De zorgplicht van de tussenpersoon bij zijn advisering. Deel 2', *Bb* 2006, p. 16-19 en J.H. Wansink, 'Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening', *AV&S* 2005, p. 117-131.

31 Deze wilsgebreken kunnen onder omstandigheden voor de verzekeringnemer een grond zijn om een juridische actie tegen de direct writer te beginnen tot vernietiging van de overeenkomst. Met name dwaling van de verzekeringnemer is voorstelbaar. De verzekeringnemer heeft de verzekeringsovereenkomst onder invloed van een onjuiste voorstelling gesloten en zou bij een juiste voorstelling dit niet hebben gedaan. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de verzekeraar de verzekeringnemer had moeten informeren, omdat hij wist of behoorde te weten van de dwaling.

keringsproduct, zoals de omvang van de dekking en uitsluitingen. Er is sprake van een snelle gebondenheid van de verzekeringnemer aan de polisvoorwaarden (art. 6:232 BW) die eenzijdig zijn opgesteld door de verzekeraar. Dit wordt gerechtvaardigd door inhoudelijke en processuele beschermingsvereisten van afdeling 6.5.3 BW. Art. 6:231 sub a BW bepaalt dat kernbedingen niet onder de regeling betreffende algemene voorwaarden vallen en derhalve niet getoetst kunnen worden door de rechter op basis van de beschermingsbepalingen uit deze afdeling.³² Allereerst worden algemene voorwaarden onderworpen aan de inhoudelijke toetsing van de open norm van art. 6:233 sub a BW. Een beding in de algemene voorwaarden is vernietigbaar als het voor de wederpartij onredelijk bezwarend is. Daarbij moet worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval. De wet noemt als omstandigheden de aard en overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen en de wederzijds kenbare belangen van partijen. Deze open norm wordt nader uitgewerkt in de zwarte en grijze lijst (art. 6:236 tot en met 238 lid 1 BW). De zwarte lijst somt bedingen op die als onredelijk bezwarend worden aangemerkt, de grijze lijst bevat bedingen die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn.

Ingevolge het 'transparantiebeginsel' moeten algemene voorwaarden begrijpelijk, duidelijk en volledig zijn.³³ Bij twijfel omtrent de begrijpelijkheid en duidelijkheid geldt krachtens art. 6:238 lid 2 BW³⁴ de voor de particuliere cliënt gunstigste uitleg. Naast de inhoudelijke toetsing moet voldaan zijn aan de informatieplichten van art. 6:233 sub b en 6:234 BW. Dit houdt in dat de wederpartij een redelijke mogelijkheid moet hebben om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.³⁵ Daarbij geldt als hoofdregel dat de gebruiker de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten ter hand stelt. Dit geldt ook indien overeenkomsten langs elektronische weg worden gesloten (art. 6:234 lid 1 sub c BW). In § 4.2 zullen we zien dat met de Wft en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (verder: Bgfo Wft) nadere regels inzake deze informatieplicht zijn gegeven. De informatieplicht betreffende algemene voorwaarden heeft drie doelen. Allereerst 'informed consent' van de verzekeringnemer met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst. De verzekeringnemer moet aan de hand van de gegeven informatie kunnen beoordelen of de verzekering geschikt is en past bij zijn of haar preferenties. Verder moet de verzekerde zijn gedrag kunnen afstemmen op de vereisten van de overeenkomst. Ten slotte moet de verzekerde na de contractsluiting de algemene voorwaarden kunnen inzien wanneer problemen zijn gerezen, het zogenaamde dossierbelang.³⁶

32 In de literatuur bestaat verschil van mening over de vraag wat in een verzekeringsovereenkomst onder het begrip kernbedingen valt. Ik sluit mij graag aan bij Vriesendorp die van mening is dat niet spoedig aangenomen dient te worden dat algemene verzekeringsvoorwaarden kernbedingen zijn, mede gezien het feit dat dit zou leiden tot een beperking van de bescherming van de verzekeringnemer. R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 177-208.

33 R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 32-34.

34 De contra-proferentemregel.

35 Deze plicht wordt ook wel 'Obliegenheit' genoemd.

36 J.G.J. Rinkes, 'Transparantie in het verzekeringsrecht; een verkenning', in: N. Vloemans e.a., *Verzekering en consument* (preadviezen Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2005), Amstelveen: DeLex 2007, p. 74.

5.4.1.2 *Zorgplichten in de jurisprudentie*

Uit de jurisprudentie kunnen we zorgplichten voor de direct writer destilleren. In bepaalde omstandigheden moet de direct writer expliciet wijzen op bepaalde polisvoorwaarden. Dit gaat met name om polisvoorwaarden die leiden tot verval of beperking van de dekking.³⁷ De informatieplicht is echter minder groot dan die van de assurantietussenpersoon. De direct writer heeft vaak al voldaan aan zijn zorgplicht als de verzekeringnemer kennis heeft kunnen nemen van de polisvoorwaarden.³⁸ Aan de verzekeringnemer zelf wordt in de praktijk grotere verantwoordelijkheid gelaten wanneer hij niet bij een assurantietussenpersoon, maar bij een direct writer zijn verzekering afsluit.³⁹

5.4.2 *De zorgplichten voortvloeiend uit de Wft*

Ook de direct writer valt, als financiële dienstverlener, onder de reikwijdte van verantwoordelijkheden die voortvloeien uit de Wft. We zien in deze ontwikkeling dat de aandacht die jarenlang in de literatuur, jurisprudentie en praktijk met name gericht was op de ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon’ nu langzaam met een bredere blik ook oog heeft voor de zorgplichten van een verzekeraar. De Wft maakt echter wel onderscheid naar de wijze waarop de financiële dienstverlening wordt verricht. Hierna zal duidelijk worden gemaakt dat de Wft voor de direct writer minder zware zorgplichten meebrengt dan voor de assurantietussenpersoon.

5.4.2.1 *Geen cliëntenprofiel*

Waar we zien dat de wetgever wat betreft de ‘ken uw cliënt-bepaling’ (art. 4:23 Wft) voor de assurantietussenpersoon vrijstellingen creëerde, stelt hij de direct writer, niet zijnde adviseur, in het geheel vrij van de verplichting een cliëntenprofiel op te maken. De direct writer moet krachtens lid 2 van art. 4:23 Wft wel voor aanvang van haar werkzaamheden aan de verzekeringnemer kenbaar maken dat zij niet adviseert. Een uitzondering op de vrijstelling voor de direct writer van het verplichte cliëntenprofiel vinden we in art. 4:24 Wft. De direct writer hoeft slechts een beperkt cliëntenprofiel op te maken als het betreft transacties in bepaalde financiële instrumenten die meer risico in zich hebben en meer kennis en inzicht vergen,⁴⁰ en transacties in alle financiële instrumenten die niet op initiatief van de cliënt plaatsvinden. Bij algemene maatregel van bestuur (verder:

37 Art. 7:934 BW. Zie HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance) en HR 14 mei 2004, NJ 2006, 188: de verzekeraar moet de verzekerde *waarschuwen* als de dekking dreigt te vervallen door verzuim premiebetaling, of Raad van Toezicht Verzekeringen (verder: RvT) 2001/18: de verzekeraar moet tevens waarschuwen als de polisvoorwaarden met betrekking tot de dekking tussentijds wijzigen. De uitspraken van de RvT zijn integraal raad te plegen op <www.kifid.nl>.

38 Zie bijvoorbeeld RvT 2004/089 Le: de verzekeraar is niet tekortgeschoten in zijn informatieplicht, omdat de verzekerde kennis kon nemen van de informatie vanuit de polisvoorwaarden.

39 Zie bijvoorbeeld RvT 2005/076 Le. De RvT oordeelde dat de verzekeraar weliswaar tekortgeschoten is in zijn zorgplicht door niet te waarschuwen voor beleggingsrisico's verbonden aan het product, maar dit geen consequenties heeft omdat klager gezien zijn ervaring bekend moest zijn met deze risico's.

40 Denk aan opties en warrants.

AMvB) kunnen andere financiële diensten worden aangewezen waarvoor de financiële dienstverlener een beperkte geschiktheidstoets van de cliënt dient uit te voeren. De verzekeraar dient bij dit beperkte cliëntenprofiel informatie in te winnen over kennis en ervaring van de cliënt met betrekking tot dit financiële product. Wanneer de verzekeraar op grond van deze informatie van mening is dat de verzekering niet geschikt is voor de cliënt, heeft de verzekeraar een waarschuwingsplicht. De parlementaire geschiedenis stelt de autonomie van de verzekeringnemer voorop:

‘vervolgens is het de eigen verantwoordelijkheid van de consument of cliënt of hij ondanks de waarschuwing de transactie toch wil doorzetten’.⁴¹

Het is dus voor de verzekeringnemer van belang te beseffen dat hij in beginsel, indien hij een verzekering direct afsluit bij de verzekeraar, zelf verantwoordelijk is voor de keuze van het product. Hij dient derhalve zelf te kijken naar de inhoud van het verzekeringsproduct, om vervolgens af te wegen welke verzekering het beste aansluit bij zijn preferenties. Het is evident dat de verzekeraar geen belangenbehartiger van de verzekeringnemer is, maar het is de vraag of het wenselijk is dat de direct writer in het geheel geen acht slaat op de persoon en de preferenties van de verzekeringnemer.

5.4.2.2 Informatieplicht

Voor de direct writer is het belangrijkste aanknopingspunt wat betreft zijn zorgplicht in de Wft art. 4:20.⁴² De verzekeraar moet, net als de assurantietussenpersoon, de verzekeringnemer informatie verschaffen voor zover dit redelijkerwijze relevant is voor een adequate beoordeling van de verzekering en ook tussentijds informeren over eventuele wijzigingen en andere bij AMvB aangewezen onderwerpen. De verzekeraar mag zijn informatie afstemmen op de ‘gemiddelde consument’, tenzij hij ook adviseert. De gemiddelde consument moet zich op basis van de verstrekte informatie een beeld kunnen vormen van de inhoud van de verzekering en hij moet op basis van de kenmerken en risico’s kunnen bepalen of het product bij hem past.⁴³ De direct writer hoeft derhalve niet aan te sluiten bij relevante informatie voor de *specifieke* verzekeringnemer, zoals de assurantietussenpersoon dit wel verplicht is. Faure en Van Boom spreken het vermoeden uit dat de precontractuele informatieplicht van art. 4:20 Wft, vanuit gedragswetenschappelijke optiek, niet verstrekkend genoeg is en dat de informatieplicht van (schade) verzekeraars zich verder zal moeten ontwikkelen.⁴⁴

41 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 19, p. 513-515.

42 Dat deze informatieplicht ook voor de direct writer geldt is extra benadrukt in de parlementaire geschiedenis. ‘Overigens ontslaat de mogelijkheid financiële diensten te verlenen zonder daarbij te adviseren de financiële onderneming niet van haar verplichting de (...) cliënt adequaat voor te lichten. De verplichting tot informatieverstrekking van artikel 4:20 blijft bij execution only onverkort van toepassing.’ MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 19, p. 513.

43 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 19, p. 509-510.

44 M.G. Faure & W.H. van Boom, ‘Hoe houdbaar zijn gedragsveronderstellingen in verzekeringsrecht en -economie?’, in: I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht – Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 324.

Het Bgfo Wft regelt de inhoud van de verplichte informatie meer specifiek. De artikelen 57 tot en met 63 gaan over verplichte precontractuele informatie en de artikelen 67 tot en met 75 over informatie gedurende de looptijd van de overeenkomst. Bij de precontractuele informatieverplichtingen is een differentiatie waarneembaar tussen eenvoudige producten zoals schadeverzekeringen (art. 61) en complexere financiële producten als levensverzekeringen (art. 60).⁴⁵ Het is de bedoeling van de wetgever geweest de omvang van de informatieplicht afhankelijk te laten zijn van de mate van complexiteit van het product, maar het is de vraag of een dergelijk verschil tussen de verplichte informatie voorafgaand aan het sluiten van een schadeverzekering dan wel een levensverzekering dermate groot zou moeten zijn. Wansink is van mening dat dit niet het geval is. Hij meent dat het grote verschil voortkomt uit het feit dat de nadere regels uit het Bgfo Wft grosso modo aansluiten op bestaande nationale regelgeving of Europese richtlijnen. De precontractuele informatieverplichtingen bij levensverzekeringen zijn bijvoorbeeld gestoeld op de Beleidsregels van de Pensioen- en Verzekeringskamer inzake de Regeling Informatieverstreking aan verzekeringnemers 1998.⁴⁶ Omdat een dergelijke informatieplicht voor de overeenkomst van schadeverzekering niet bestaat, komt de schadeverzekeringnemer er in de Bgfo Wft 'bekaaid' van af. Wansink is van mening dat de precontractuele informatieplichten bij schadeverzekeringen in de Bgfo Wft ruimer moeten worden en ook zouden moeten zien op bijvoorbeeld de belangrijkste kenmerken van de dekking.⁴⁷

5.5 De bancaire zorgplicht voor de belegger

5.5.1 Zorgplichten voor de effecteninstelling

Sinds de boekhoudschandalen van onder andere ENRON, Worldcom en Ahold is de roep om bancaire zorgplichten voor de individuele belegger een schreeuw geworden. Net als een verzekeraar kan een effecteninstelling zonder de cliënt te adviseren een financiële dienst verlenen, en derhalve handelen op basis van *execution only*.⁴⁸ De belegger beslist bij *execution only* uiteindelijk zelf over het al dan niet uitvoeren van de transactie.⁴⁹ Een effecteninstelling heeft zorgplichten die ertoe strekken een particuliere cliënt

45 Ook wat betreft de informatie gedurende de looptijd van de overeenkomst (artikelen 67 tot en met 75 Bgfo Wft) is een dergelijke differentiatie waarneembaar.

46 'Beleidsregels inzake de informatieverstreking aan verzekeringnemers 1998', *Stcrt.* 1999-34, p. 6 en G.C.M. Siegelaer e.a., *Informatieverstreking aan verzekeringnemers*, Apeldoorn: Stichting Verzekeringkamer 1998.

47 J.H. Wansink, 'Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening', *AV&S* 2005, p. 117-131. De artikelen 64 tot en met 66 Bgfo Wft gaan over de verplichte financiële bijsluiter voor complexe producten, waartoe levensverzekeringen behoren.

48 Zie bijvoorbeeld KCD (klachtencommissie DSI) nr. 124/2003. De uitspraken van de KCD zijn integraal raad te plegen op <www.stichting-dsi.nl>.

49 Zie voor de verschillende manieren waarop een effecteninstelling betrokken kan worden bij de transactie: C.E. Du Perron, 'Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht', in: M.W. Hesselink, C.E. Du Perron & A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 188-189.

te beschermen. Het eerste type zorgplicht is het bewaken van de financiële ruimte van de belegger. De effecteninstelling heeft de plicht een transactie te weigeren wanneer de cliënt onvoldoende middelen of kredietruimte beschikbaar heeft. Hieruit vloeit voort dat de effecteninstelling een actieve onderzoeksplicht heeft. Dit geldt ook in geval van *execution only*, als effectenorders worden gegeven via bijvoorbeeld een telefonische orderlijn of internet. Gedurende de looptijd van de belegging heeft de effecteninstelling een verplichting tot het permanent bewaken van actuele verplichtingen uit de transactie (marginbewaking).

Het tweede type zorgplicht voor de beleggingsinstelling is de plicht te zorgen dat de effectentransactie past bij de persoonlijke omstandigheden van de belegger. De instelling moet een cliëntenprofiel opstellen met informatie betreffende kennis en ervaring met beleggen, beleggingsdoelstelling en financiële situatie. Dit profiel van de belegger dient als basis voor de verdere effectentransactie. Ook in geval van *execution only* dient de instelling te voldoen aan het 'ken uw cliënt-beginsel', zij het dat kan worden volstaan met een eenvoudig profiel van de financiële positie van de belegger.⁵⁰ De effecteninstelling moet toetsen of het cliëntenprofiel overeenkomt met de opgegeven order.

Het laatste type zorgplicht van de effecteninstelling is de informatieplicht. De cliënt moet op begrijpelijke wijze geïnformeerd worden over het beleggingsproduct en de risico's die daaraan verbonden zijn. Ook moet duidelijk worden gemaakt wat de belegger van de effecteninstelling mag verwachten en wat zijn eigen verantwoordelijkheid is.

5.5.2 *Paternalisme versus autonomie van de particuliere belegger*

De drie aspecten van de bancaire zorgplicht: het bewaken van de financiële ruimte, het cliëntenprofiel en de informatieplicht, leveren in de praktijk een spanningsveld op met de autonomie van de belegger. Van de belegger wordt in steeds minder mate eigen verantwoordelijkheid verwacht. De Hoge Raad verbindt een bijzondere zorgplicht aan de effecteninstelling die als professioneel en deskundig dienstverlener jegens particuliere beleggers handelt en laat de omvang van deze zorgplicht afhangen van de omstandigheden van het geval.⁵¹ De niet-limitatieve lijst van omstandigheden is: de deskundigheid en vermogens- en inkomenspositie van de belegger, op wiens initiatief de transactie is verricht, of de bank voldaan heeft aan het bewaken van de marginverplichtingen, of de belegger juist en regelmatig is geïnformeerd, de waarschuwingen van de bank en het overeengekomen serviceniveau (beheer, advies of *execution only*). De rechtspraak lijkt steeds meer te kiezen voor de beschermingsgedachte en daarmee steeds zwaardere eisen te stellen aan de bancaire zorgplicht. In de rechtspraak wordt impliciet aangesloten bij inzichten uit de psychologie en de behavioral economics, die leren dat het vermogen van mensen om rationele beslissingen te nemen niet onbeperkt is. Een voorbeeld van een situatie waarin een particuliere belegger tegen zijn beperkte rationaliteit wordt beschermd, is dat een effecteninstelling onder omstandigheden een weigeringsplicht heeft om bepaalde, door de cliënt gewenste transacties te verrichten als dit gezien de

⁵⁰ Opgenomen moet worden de kennis, financiële positie en beleggingsdoelstelling. Zie bijvoorbeeld KCD nr. 188/2003.

⁵¹ Zie bijvoorbeeld HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (Van de Klundert/Rabobank).

omstandigheden van de belegger te veel risico's met zich brengt.⁵² In de literatuur bestaat verschil van mening inzake het spanningsveld tussen autonomie en paternalisme in het effectenverkeer. Van Boom en Du Perron zijn van mening dat de overgang van volledige autonomie van de belegger naar een steeds zwaardere zorgplicht voor de bancaire instelling een positieve ontwikkeling is, omdat de belegger zo beschermd wordt tegen zijn eigen beperkte vermogen om rationele beslissingen te nemen.⁵³ Weller en Hartlief daarentegen neigen meer naar autonomie en eigen verantwoordelijkheid van de belegger. Risico's nemen is inherent aan beleggen, en gevolgen die voortvloeien uit de beleggingstransactie behoren derhalve binnen de eigen verantwoordelijkheid van de belegger te vallen, zo menen Weller en Hartlief.⁵⁴

De eigen schuld (art. 6:101 BW) van de belegger kan van invloed zijn op de aansprakelijkheid van de effecteninstelling en de schadevergoeding die daaruit voortvloeit wegens schending van de zorgplicht. De eigen schuld is in vier gedaanten te onderscheiden: het nemen van het beleggingsrisico,⁵⁵ het niet of onvoldoende kennisnemen van verstrekte informatie, het nalaten advies in te winnen of vragen te stellen⁵⁶ en het nalaten te handelen waar dat vereist is.⁵⁷ We kunnen deze eigen verantwoordelijkheid zien als tegenhanger van het paternalisme die verscholen zit in de bancaire zorgplicht, met als doel de individuele belegger een prikkel te geven om met grotere voorzichtigheid het beleggingstraject te bewandelen.⁵⁸

52 Zie hierover bijvoorbeeld HR 11 juli 2003, *RvdW* 2003, 125; HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 (Rabobank/Everaars) en KCD nr. 58/2003. Weller is van mening dat er geen plaats is voor paternalisme in de vorm van een weigeringsplicht, in het effectenrecht, maar slechts van een waarschuwplicht indien er sprake is van mogelijk zeer grote risico's. Hij wijst op HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (Rabobank/Gorredijk); HR 24 januari 1997, *NJ* 1997, 260 (ING/Dinkgreve) en art. 77 van het CESR-voorstel *The Harmonization of Conduct of Business Rule*. Zie: E.J. Weller, 'Paternalisme in het effectenrecht', *Tijdschrift voor Compliance* 2003, p. 69-75.

53 W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger. Enige opmerkingen naar aanleiding van HR 11 juli 2003, Co1/257 (Erven Kouwenberg/Rabobank Schaijk-Reek)', *NTBR* 2003, p. 555-564 en C.E. Du Perron, 'Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht', in: M.W. Hesselink, C.E. Du Perron & A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 196.

54 E.J. Weller, 'Paternalisme in het effectenrecht', *Tijdschrift voor Compliance* 2003, p. 69-75 en T. Hartlief, 'De gevaren van de optiehandel: hoe ver strekt de zorg van de bank?', *AA* 2003, p. 929-937. Later neemt Hartlief een meer genuanceerd standpunt in, wanneer hij schrijft dat het te makkelijk gezegd is dat eigen verantwoordelijkheid zwaarder moet wegen dan een zorgplicht. (T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', Maastricht: Diesrede UM, 2005, *NJB* 2005, p. 830 e.v.)

55 KCHB (commissie van beroep DSI inzake de klachtencommissie) nr. 12/2002. De uitspraken van de KCHB zijn integraal raad te plegen op <www.stichting-dsi.nl>.

56 Dit kan leiden tot eigen schuld als voor het inwinnen van advies wel aanleiding bestaat: KCHB nr. 76/2004 en KCD nr. 121/2003.

57 M. van Luyn & C.E. du Perron, *Effecten van de zorgplicht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 280-281.

58 W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger. Enige opmerkingen naar aanleiding van HR 11 juli 2003, Co1/257 (Erven Kouwenberg/Rabobank Schaijk-Reek)', *NTBR* 2003/10, p. 555-564 en C.E. Du Perron, 'Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht', in: M.W. Hesselink, C.E. Du Perron & A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 188-189.

5.6 Wenselijkheid van verzwaarde zorgplichten voor de direct writer

5.6.1 ‘Ongelijke behandeling’ van financiële dienstverleners met betrekking tot zorgplichten

In de voorgaande drie paragrafen zijn de zorgplichten die gelden voor de assurantietussenpersoon (§ 3), de direct writer (§ 4) en de effecteninstelling (§ 5) behandeld. Daaruit is gebleken dat de zorgplichten die voor de verschillende financiële dienstverleners gelden onderling in zwaarte verschillen. De verschillen tussen allereerst de direct writer en de assurantietussenpersoon en daarna die tussen de direct writer en de effecteninstelling wil ik hieronder kort behandelen.

5.6.1.1 *Verschillen tussen de zorgplichten van de direct writer en de assurantietussenpersoon*

De assurantietussenpersoon moet tegenover de verzekeringnemer de zorg in acht nemen die van een ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot’ mag worden verwacht. De tussenpersoon dient te zorgen dat de verzekering die afgesloten wordt aansluit bij behoeften en preferenties van de verzekeringnemer. Hij dient daartoe omstandigheden van de verzekeringnemer te onderzoeken en op basis daarvan de verzekeringnemer te informeren en eventueel te waarschuwen over de inhoud van de verzekering.

De direct writer daarentegen heeft niet de zorgplicht om onderzoek te verrichten naar behoeften en preferenties van de verzekeringnemer. De verzekeraar dient slechts te zorgen dat de polisvoorwaarden duidelijk en begrijpelijk zijn. De verzekeringnemer dient vervolgens zelf te bepalen of deze verzekering passend is in zijn of haar situatie. De direct writer hoeft geen cliëntenprofiel op te stellen en heeft een informatieplicht waarbij aangesloten wordt bij de ‘gemiddelde consument’.

De taak van de onafhankelijk assurantietussenpersoon is traditioneel die van een belangenbehartiger van de ‘totaal-cliënt’. Dit beeld is verouderd. Verzekeringsconsumenten blijven niet langer hun hele leven bij dezelfde assurantietussenpersoon.⁵⁹ Vaak wenst men *fast & simple* de verzekeringsovereenkomst aan te gaan en bijgevolg wordt de positie van de direct writer (met name bij schadeverzekeringen) steeds belangrijker. Naar mijn mening mag in de huidige verzekeringspraktijk, waarin de direct writer een steeds belangrijker positie inneemt, de verzekeringnemer geen zorg van een direct writer worden onthouden vanuit de overweging dat hij zelf de keuze heeft gemaakt om zich niet te laten adviseren door de assurantietussenpersoon. Bovendien zijn er signalen die erop wijzen dat de premie van een verzekering die is afgesloten bij een assurantietussenpersoon niet hoger is dan die van een direct writer. De beloning van de tussenpersoon bestaat namelijk uit provisie die hij ontvangt van de verzekeraar. Een verzekeraar bespaart kosten wanneer hij via tussenpersonen zijn verzekeringen aan de man brengt, bijvoorbeeld omdat hij geen reclame hoeft te maken.⁶⁰

59 W.J. Hengeveld & B.M. Jonk-van Wijk, ‘De zorgplicht van de assurantietussenpersoon’, in: P.J.M. Drion e.a. (red), *Tussen persoon en recht: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.G.C. Kamphuisen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 121-123.

60 S.C.W. van Egmond, *Is verzekeren moeilijk?* (Serie Bank- en Effectenbedrijf), Amsterdam: NIBE-SVV 2002, p. 85.

5.6.1.2 *Verschillen tussen de zorgplichten van de direct writer en de bancaire zorgplicht voor de belegger*

In zowel de verzekeringsmarkt als de effectenmarkt bestaat het serviceniveau *execution only*. Verzekeringnemers respectievelijk aspirant-beleggers kunnen direct bij een verzekeraar respectievelijk effecteninsetting een financiële transactie verrichten. De financiële dienstverlener hoeft daarbij niet te adviseren. Toch verschillen de zorgplichten van de direct writer van die van de effecteninsetting die handelt op basis van *execution only*.⁶¹ De effecteninsetting kent veel zorgplichten die voor een verzekeraar niet gelden. De direct writer let niet op de portemonnee van de verzekeringnemer, hoeft geen cliëntenprofiel op te stellen, slaat geen acht op omstandigheden en preferenties van cliënten en heeft slechts een beperkte informatieplicht. Deze verschillen zijn historisch verklaarbaar, zo gold bijvoorbeeld de zorgplicht in de financiële toezichtwetgeving enkele jaren geleden slechts voor de dienstverlening in effecten.⁶² De Minister van Financiën schrijft in een brief aan de Tweede Kamer dat

‘de totstandkoming van de Wfd (...) mede een gevolg is van het groeiende bewustzijn dat er ten aanzien van het gedragstoezicht, buiten de effectendienstverlening een inhaalslag in wet- en regelgeving moet worden gemaakt’.⁶³

Mijns inziens is een historische verklaring niet toereikend als onderbouwing. Het is de vraag of de beleggingslust van de particuliere belegger net zo veel zorg verdient als de risico-aversie van particuliere verzekeringnemers. Een belegger handelt over het algemeen vanuit het eigen belang om uit bestaand vermogen rendementen te halen. Ter vergelijking: bij de verzekeraar staat een ‘gemiddelde cliënt’⁶⁴ op de stoep die de risico’s die hij in het maatschappelijk verkeer loopt niet zelf kan dragen en deze wenst af te wentelen op een collectiviteit. Misschien heeft de cliënt zelfs de plicht zijn risico’s onder te brengen bij een verzekeraar (bijvoorbeeld de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor auto’s). Naar mijn mening pleit dit er voor dat de zorgplicht van de direct writer aangescherpt wordt. De risico’s die de verzekeringnemer wenst af te wentelen moeten in mijn optiek niet vervangen worden door onzekerheid en valse kennis⁶⁵ (over

61 Op deze ‘ongelijke behandeling’ tussen verzekerings- en effectenbranche wijst ook Oosterholt: C.A. Oosterholt, ‘Lezing symposium “De tussenpersoon en de Wet financiële dienstverlening” van de Universiteit van Amsterdam’, juni 2004, <<http://www.dsi.nl/index.php?sid=27&nid=48&l=ned>>.

62 Art. 24 Besluit toezicht effectenverkeer.

63 Minister van Financiën, Brief ‘Zorgplicht bij financiële dienstverlening’, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 965, nr. 1. Zie ook R. Schotsman, ‘Verzekeraars en het Wft-deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen’, *Bb* 2007, p. 30-33.

64 De Wft gaat bij het verstrekken van informatie uit van de ‘gemiddelde cliënt’. Raaijmakers pleit voor gedifferentieerde financiële zorgplichten, waarbij onderscheid wordt aangebracht naar de kennis, ervaring en opleidingsniveau van de cliënt: G.T.M.J. Raaijmakers, ‘Gedifferentieerde financiële zorgplichten’, *Contracteren* 2004, p. 84-85.

65 Deze onzekerheid en valse kennis kunnen grote financiële gevolgen hebben. Denk bijvoorbeeld aan een ongeval waarvan de verzekeringnemer meende dat de gevolgen hiervan onder de dekking van een verzekering zou vallen.

bijvoorbeeld de dekkingssomvang onder een verzekering) bij de verzekeringnemer, die geschapen wordt door onvoldoende zorg van de direct writer.

5.6.1.3 *Socialiseringstendens in de wetgeving ook voor direct writing?*

De laatste decennia is in de wetgeving een tendens waarneembaar waarin de bescherming van de zwakke partij centraal is komen te staan in het contractenrecht.⁶⁶ Het recht socialiseert en stelt zorgplichten en consumentenbescherming steeds meer boven contractvrijheid, consensualisme en ‘pacta sunt servanda’.⁶⁷ Deze socialiseringstendens blijkt uit de bescherming van verzekeringsconsumenten in het juk van zorgplichten die drukt op de schouders van de assurantietussenpersoon (§ 3). Tevens zien we deze tendens in de bescherming van de belegger wanneer hij zijn vermogen belegt (§ 5). De direct writer daarentegen lijkt, ook na de komst van de Wft, door de wetgever uit de beschermingswind gehouden te worden.⁶⁸ De relatie tussen de assurantietussenpersoon respectievelijk de effecteninstelling met hun wederpartij is paternalistischer dan de relatie tussen direct writer en verzekeringnemer. Van de verzekeringnemer die rechtstreeks een verzekering afsluit bij een verzekeraar wordt uitgegaan van een grote mate van autonomie. Onderstaande tabel toont de verschillen tussen de drie financiële dienstverleners.

De verschillen in de zorgplichten van deze drie financiële dienstverleners kunnen een reden zijn om aan te nemen dat de zorgplicht van de direct writer aangescherpt dient te worden. Mijns inziens moet deze conclusie niet te snel worden getrokken. Het is van belang om de relatie tussen de direct writer en de verzekeringnemer, met het oog op bescherming en zorgplichten, met een kritisch oog te analyseren en te bezien of verbeteringen gewenst zijn. Zorgplichten zijn, in mijn optiek, slechts verbeteringen als ze leiden tot meer rationele consumentenkeuzes dan wanneer deze keuzes worden gemaakt zonder dat de wederpartij zorgplichten in acht neemt.

66 Voorbeelden van deze tendens in het verzekeringsrecht zijn de komst van de Wet Assurantiebemiddeling en de Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf 1993.

67 T. Hartlief, ‘Vrijheid en bescherming in het contractenrecht’, *Contracteren* 2003, p. 5-14 en E.H. Hondius, ‘de zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

68 De Commissie transparantie beleggingsverzekeringen is tevens deze mening toegedaan, waar ze schrijft: ‘vastgesteld kan worden dat in de afgelopen jaren meer aandacht lijkt te zijn besteed aan de formulering van regels waaraan adviseurs en bemiddelaars zich moeten houden en dat de regels die gelden voor de aanbieders, beperkter lijken’ (J. de Ruiter e.a., *Commissie transparantie beleggingsverzekeringen – Advies aan het Verbond van Verzekeraars*, Verbond van Verzekeraars 2006, p. 9).

Tabel 3 Overzicht zorgplichten drie financiële dienstverleners

Direct writer (§ 4)	Assurantietussenpersoon (§ 3)	Effecteninstelling (§ 5)
'zorgvuldig handelend dienstverlener' (onduidelijk of en in welke mate hier zorgplichten uit voortvloeien)	'redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot' (blijkens jurisprudentie houdt dit een actief signaleren en informeren in)	bewaken van de financiële ruimte van de belegger
polisvoorwaarden moeten duidelijk en begrijpelijk zijn, en ter beschikking zijn gesteld (afd. 6.5.3 BW)	cliëntenprofiel (art. 4:23 Wft)	cliëntenprofiel opstellen en zorgen dat de effectentransactie past bij de persoonlijke omstandigheden van de belegger
geen cliëntenprofiel	informatieplicht voor 'specifieke verzekeringnemer' (art. 4:20 Wft)	informatieplicht
informatieplicht voor 'gemiddelde consument' (art. 4:20 Wft)		

5.6.2 De 'rational choice theory' en kanttekeningen vanuit de psychologie bij de effectiviteit van zorg- en informatieplichten

De wetgever heeft zich met het creëren van zorg- en informatieplichten sterk laten leiden door de 'rational choice theory'. Deze theorie heeft als uitgangspunt dat de mens in staat is rationele keuzes te maken. Dit houdt in dat de consument, op basis van beschikbare informatie, in staat is (autonoom) het alternatief te kiezen dat het beste bij zijn preferenties past. De overheid dient in die visie slechts in te grijpen in bijvoorbeeld verzekeringscontracten als sprake is van marktfalen. Informatieasymmetrie leidt tot inefficiënte beslissingen en wordt gezien als belangrijkste oorzaak van marktfalen.⁶⁹ De wetgever creëert daarom vaak informatieplichten voor de dienstverlener, om zo de consument de mogelijkheid te geven efficiënte beslissingen te maken.⁷⁰ Ook in de relatie tussen verzekeraar en verzekeringnemer is sprake van informatieasymmetrie.

In tegenstelling tot wat de 'rational choice theory' aanneemt, blijkt het in de praktijk maar al te vaak tegen te vallen met de rationele competenties van consumenten, ook wanneer deze consumenten over alle mogelijke informatie beschikken. De Behavioral Law and Economics plaatst kanttekeningen bij de effectiviteit van bijvoorbeeld informatieverplichtingen. De behavioristen concluderen, op basis van empirische observatie, dat menselijke beslissingen beïnvloed worden door 'biases' en 'heuristics'. Wanneer informatieverplichtingen opgelegd worden, moet bijgevolg rekening worden gehouden met deze cognitieve stoorzenders van consumenten, teneinde effectiviteit te genereren. Het is tevens van belang de consument niet te overladen met informatie, omdat deze niet in staat is een grote hoeveelheid informatie tot zich te nemen en mee te kunnen nemen in

69 R.A. Epstein, 'The neoclassical economics of consumer contracts', in: O. Bar-Gill & R.A. Epstein, 'Consumer contracts: behavioral economics vs. neoclassical economics', *NYU Law and economics research paper*, p. 1, <www.ssrn.com/abstract=982527>.

70 J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 14.

de afweging voor een bepaalde beslissing.⁷¹ Gedragsstudie is noodzakelijk wanneer een afweging gemaakt dient te worden tussen zorg- en informatieplichten en eigen verantwoordelijkheid van de consument.⁷² De juridische wetenschap dient naar mijn mening niet enkel vanuit het juridische perspectief te kijken naar consumentenbescherming, maar tevens inzichten over menselijk gedrag uit andere wetenschappen te betrekken en hiermee rekening te houden met bijvoorbeeld het opleggen van informatieplichten.

5.6.3 Rol van de eigen verantwoordelijkheid

Inherent aan de vraag naar wenselijkheid van zorg- en informatieplichten voor de direct writer is de vraag naar eigen verantwoordelijkheid van de verzekeringsconsument. Eigen verantwoordelijkheid hangt onder andere samen met deskundigheid. De verzekeringsconsument behoort niet tot de klassieke groep van ‘personae miserabiles’ (bijvoorbeeld de arbeider, huurder, pachter). Naar mijn idee kan de verzekeringnemer wel als ‘moderne zwakke partij’⁷³ worden beschouwd en verdient daarom bescherming vanwege het gebrek aan deskundigheid tegenover zijn wederpartij, de verzekeraar.⁷⁴ Een studie van de Office of Fair Trading (OFT) onderscheidt zes kenmerken van markten waar consumenten vaak schade lijden door informatietekort. Twee van deze kenmerken zien we in elk geval terug in de verzekeringsmarkt. Allereerst zijn verzekeringen complexe goederen/diensten. Verzekeringnemers zijn daarom sterk afhankelijk van de informatie die ze krijgen bij het afsluiten van de verzekering. Het tweede kenmerk van mogelijk problematische markten is dat de producten behoren tot de ‘credence goods’ (geloofsgoederen). De kwaliteit is moeilijk te meten, omdat het gaat om niet-stoffelijke producten en consumenten niet met regelmaat een zelfde soort verzekering afsluiten.⁷⁵ De verzekeringnemer die een schadeverzekering afsluit is risico-avers. Een individu bezit een zaak en vindt het belangrijk om verlies van de zaak te voorkomen en sluit daarom een verzekering af.⁷⁶ Juist voor deze risico-averse persoon is inzichtelijke en begrijpelijke informatie bij het afsluiten van een complex product als een verzekering van groot belang.⁷⁷

71 C. Guthrie, ‘Law, information, and choice: capitalizing on heuristic habits of thought’, *Vanderbilt law and economics research paper* 2006, p. 425-437, <www.ssrn.com/abstract=982527>.

72 Zo ook: G.T. Raaijmakers, ‘De effectiviteit van regels in het ondernemings- en effectenrecht’, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 10 en J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 118-119.

73 T. Hartlief, ‘Vrijheid en bescherming in het contractenrecht’, *Contracten* 2003, p. 5-14.

74 N. Vloemans, ‘Het begrip “consument” in het verzekeringsrecht’, in: N. Vloemans e.a., *Verzekering en consument* (preadviezen Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2005), Amstelveen: DeLex 2007, p. 10-14. Overigens lijken de resultaten uit de enquête tot de conclusie te leiden dat het met het gebrek aan kennis cq. deskundigheid van de verzekeringnemer wel meevalt: het merendeel van de respondenten beantwoordde 10 van de 21 vragen goed.

75 Dit laatste geldt met name voor levensverzekeringen.

76 M.G. Faure, ‘Verzekeringen’, in: W.C.T. Weterings e.a., *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 109-117 en L.T. Visscher, ‘De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht’, *AA* 2006, p. 485-492.

77 R.B. Korobkin, ‘The status quo bias and contract default rules’, *Cornell Law Review* 1998, p. 655-656 en R.B. Korobkin & T.S. Ulen, *Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics*, *California Law Review* 2000, p. 1107-1108.

Toch moet, naar mijn mening, ook aan de verzekeringnemer zelf enige eigen verantwoordelijkheid worden gelaten.⁷⁸ Uit de enquêteresultaten blijkt dat verzekeringnemers menen dat zij zelf enige mate van eigen verantwoordelijkheid hebben. Wanneer respondenten een casus wordt voorgelegd waarin de verzekeraar uitkering weigert op grond van een uitsluiting van de dekking (verzekeringnemer heeft de polis niet gelezen en de verzekeraar heeft de verzekeringnemer niet geïnformeerd over de uitsluitingen) is 70% van mening dat eigen schuld van de verzekeringnemer in dezen belangrijker is dan het nalaten van de direct writer informatie te verschaffen.⁷⁹ Om tot een optimaal niveau van zorgplichten van de direct writer te komen lijkt het mij wenselijk dat verzekeringnemers enige mate van eigen verantwoordelijkheid veronderstellen.

5.6.4 Aanbevelingen

Naar mijn idee dient het recht zich aan te passen aan de ontwikkeling waarin de direct writer een steeds belangrijker positie bij het afsluiten van verzekeringen inneemt. De zorgplicht van de direct writer moet aangescherpt en verzaamd worden. Het is wenselijk dat ook de direct writer een zekere mate van paternalisme (in de zin van: het beschermen van de consument en het corrigeren van informatieasymmetrie) ten grondslag legt aan zijn financiële dienstverlening. Met het formuleren van zorgplichten dient de eigen verantwoordelijkheid van de verzekeringnemer echter niet uit het oog verloren te worden. Bovendien zal met het invoeren van zorgplichten aandacht moeten worden besteed aan de te verwachten effectiviteit van de regelgeving en de mogelijke negatieve effecten.⁸⁰ Ik wil graag een aantal mogelijkheden opsommen waarbij de verzekeringnemer enige mate van zorg kan verwachten van de direct writer, maar toch zijn eigen verantwoordelijkheid centraal blijft staan. De eerste is de plicht van een direct writer om in bepaalde omstandigheden een advies te verstrekken aan de verzekeringnemer.⁸¹ Wanneer evident is dat een bepaalde verzekering niet aansluit bij behoeften en preferenties van de individuele verzekeringnemer⁸² moet de direct writer hem hierover informeren en eventueel nader adviseren. 't Hart en Du Perron stellen zelfs een wettelijke advies-

78 Ik sluit me aan bij onder andere Wansink: J.H. Wansink, 'Verzekering en de groeiende roep om transparantie', *Verzekeringsarchief* 2002, p. 16-24.

79 Deze uitkomst wordt ondersteund aan de hand van een consumentenonderzoek van het CVS, waaruit blijkt dat 74% van de verzekeringnemers, in geval van direct writing, zichzelf als hoofdverantwoordelijke beschouwt voor het afsluiten van het juiste product. H.F. Treur & J.L.A. van Rijkevorsel, *CVS Consumentenonderzoek*, Den Haag: CVS 2004, p. 15, <www.verzekeraars.nl/Publicaties.aspx>.

80 Zoals 't Hart en Du Perron aangeven laat de wetgever dit vaak achterwege. Zie: F.M.A. 't Hart & C.E. Du Perron, *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?*, Deventer: Kluwer 2006, p. 115-116. Ook in de toelichting bij de Wft is nergens aangegeven wat de verwachte effectiviteit van het gedragstoezicht is.

81 Een aantal auteurs is van mening dat deze verplichting onder het huidige recht al bestaat voor de direct writer. Zie § 4.1.

82 Bouman noemt het voorbeeld wanneer klaarblijkelijk een onjuist fiscaal advies is verstrekt (M. Bouman, 'De zorgplicht van de tussenpersoon bij zijn advisering. Deel 1', *Bb* 2006, p. 12-15).

plicht voor bij primaire financiële producten, om de informatieasymmetrie op te heffen en consumenten te behoeden voor het nemen van onverantwoorde keuzes.⁸³

Verzekeringnemers zijn blijkens de resultaten van de enquête voorstander van een onderzoeksplicht van de direct writer naar omstandigheden en behoeften van de verzekeringnemer.⁸⁴ Wanneer de direct writer zich enigszins heeft verdiept in de belangen van de afnemer, kan hij ook bepalen welke informatie voor de verzekeringnemer relevant is.⁸⁵ De verzekeringnemer heeft hier ook eigen verantwoordelijkheid om bijzondere behoeften te melden. Tenslotte wijs ik op een mogelijke plicht om in een brochure of toelichting een samenvatting te maken van de polis. De overgrote meerderheid van de respondenten van de enquête geeft aan hier behoefte aan te hebben.⁸⁶ Ook 't Hart en Du Perron pleiten voor een samenvattingplicht.⁸⁷ Verzekeringspolissen bevatten een grote hoeveelheid informatie in moeilijke bewoordingen die voor veel verzekeringnemers onvoldoende begrijpelijk is.⁸⁸ De samenvatting moet elementen bevatten die voor de verzekeringnemer van groot belang zijn, zoals bijvoorbeeld de hoogte van de premie, de looptijd van de verzekering, verplichtingen van de verzekeringnemer, wat er onder de dekking valt en wat daarvan is uitgesloten en wanneer een bepaalde verzekering noodzakelijk is.⁸⁹

83 F.M.A. 't Hart & C.E. Du Perron, *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?*, Deventer: Kluwer 2006, p. 122-127. 't Hart en Du Perron maken echter een uitzondering op deze adviesplicht voor gevallen waarin sprake is van een evidente doelstelling, zoals eenvoudige schadeverzekeringen. Mijns inziens is echter niet alleen de doelstelling van belang, maar met name ook de omstandigheden en behoeften van de consument. Ik ben derhalve van mening dat geen uitzondering voor schadeverzekeringen moet gelden.

84 70% van de respondenten geeft aan het (al dan niet volledig) eens te zijn met het informeren naar omstandigheden van de verzekeringnemer en op basis daarvan informeren.

85 Barendrecht en Van den Akker zijn van mening dat een dergelijke onderzoeksplicht van de financiële dienstverlener naar omstandigheden en behoeften van de afnemer niet geldt in geval van standaarddienstverlening, zoals bij schadeverzekeringen. Wel menen zij dat mogelijk een plicht bestaat om op een uitsluiting van bepaalde risico's te wijzen. J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: Tjeenk Willink, 1999, p. 26, 50-51 en 81. Mijns inziens is het echter efficiënter om niet te informeren over alle uitsluitingen, maar slechts over die uitsluitingen die voor de individuele verzekeringnemer van belang zijn. Bovendien is dit een effectievere methode voor de verzekeringnemer om een beslissing te nemen, omdat hij geen selectie van de informatie meer hoeft te maken.

86 49% van de respondenten is het eens met de stelling dat in een toelichting of brochure melding gemaakt moet worden van uitsluitingen van de dekking. 42% zegt het met deze stelling volledig eens te zijn.

87 F.M.A. 't Hart & C.E. Du Perron, *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?*, Deventer: Kluwer 2006, p. 127-131.

88 Dit blijkt ook uit onderzoek van 't Hart en Du Perron. Zij hebben berekend dat een consument die voornemens is een aflossingsvrije hypotheek af te sluiten met een daarbij behorende levensverzekering ruim dertien uur (onafgebroken) leesplezier heeft. (F.M.A. 't Hart & C.E. Du Perron, *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?*, Deventer: Kluwer 2006, p. 37-40 en 179-180.)

89 Uit de enquêteresultaten blijkt dat verzekeringnemers deze informatie bij het afsluiten van een verzekering belangrijk vinden. Van Boom e.a. staan kritisch tegenover de samenvattingplicht: 'Een complex product "samenvatten" in een boodschap die (a) feitelijk juist is, (b) be-

5.7 Conclusie

In deze bijdrage is de zorgplicht van de direct writer uiteengezet. De direct writer neemt in de huidige maatschappij een belangrijke positie in bij het sluiten van verzekeringsovereenkomsten. Met name schadeverzekeringen worden door particuliere verzekeringnemers steeds meer direct bij de verzekeraar afgesloten en men prefereert niet langer altijd de bemiddeling door een assurantietussenpersoon. Het is echter de vraag of de zorg die de verzekeringnemer van de direct writer ontvangt vergelijkbaar is met die van de assurantietussenpersoon. Ik ben tot de conclusie gekomen dat dit niet het geval is. De direct writer heeft, in tegenstelling tot de assurantietussenpersoon, niet de plicht actief te onderzoeken, te informeren en te waarschuwen. Ook de belegger wordt tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht in bescherming genomen door de bank. Ik ben van mening dat ook de verzekeringnemer met meer zorg zou moeten worden benaderd door de direct writer. Nu de maatschappij verandert en verzekeringnemers er steeds meer voor kiezen hun verzekering rechtstreeks af te sluiten bij de verzekeraar moet het recht zich aanpassen en dient de zorgplicht van de direct writer aangescherpt te worden. De verzekeringnemer dient in de complexe verzekeringswereld beschermd te worden tegen zijn eigen irrationele beslissingen. Hierbij moet echter allereerst rekening worden gehouden worden met inzichten uit de psychologie, die leren dat de effectiviteit van zorg- en informatieplicht beperkt is. Menselijke rationaliteit wordt beperkt door biases en heuristics die het moeilijk maken een afgewogen beslissing te nemen bij de keuze voor bijvoorbeeld een bepaald verzekeringsproduct. Daarnaast dient ook de eigen verantwoordelijkheid van de verzekeringnemer een rol te blijven spelen in de relatie met de verzekeraar. 'Verzekeren kunnen ze zelf', maar enige zorg van de direct writer voor verzekeringnemers is onontbeerlijk.

grijselijk is, (c) niet misleidend is, (d) kort is en (e) alle relevante informatie bevat, vergt veel van het "jip-en-janneketalent" van de sector' (W.H. van Boom e.a., 'Informatie en financiële dienstverlening aan consumenten. Beschouwingen naar aanleiding van *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?*' van F.M.A. 't Hart en C.E. du Perron', *TvC* 2007, p. 75-82).

Appendix

Enquête 'behoeften en preferenties van verzekeringnemers'

Om meer inzicht te krijgen in de behoeften en preferenties van verzekeringnemers is in het voorjaar van 2008 een internet-enquête gehouden, die bestaat uit 51 vragen. De vragen gaan met name over schade- en zorgverzekeringen. De onderzoekspopulatie bestaat uit studenten van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Het aantal respondenten bestaat uit 91 personen, waarvan 64% vrouwen en 36% mannen. De gemiddelde leeftijd van de respondenten is 26 jaar. 44% van de respondenten woont in een eigen huur- of koopwoning. Ik wil als kanttekening bij de enquête plaatsen dat bij nader onderzoek de vraagstelling verder aangescherpt zou moeten worden en dat de resultaten gezien de populatie veeleer indicatief zijn dan volledig representatief.

De volledige enquête met de uitkomsten staat integraal online: <www.behaviouralapproaches.org/students_work.htm>.

Het eerste deel van de enquête bestaat uit 21 kennisvragen die met 'waar' of 'niet waar' beantwoord dienden te worden.

Een voorbeeld:

Onder de cascoverzekering voor auto's is spookrijden gedekt.

Waar / Niet waar

Van de 21 kennisvragen beantwoordde de meerderheid van de respondenten tien vragen goed en elf vragen fout. Het gemiddelde percentage respondenten dat de vragen goed beantwoordde is 52% en het gemiddelde percentage respondenten dat de vragen fout beantwoordde is dus 48%.

Het is moeilijk om conclusies te trekken over de kennis die verzekeringnemers zelf hebben. Mogelijk is de vraagstelling zo dat de respondenten te veel naar het goede antwoord gestuurd zijn. Ook kan het zijn dat door de gokkans de resultaten vertekend zijn. Wat wel duidelijk is, is dat niet per definitie gesteld kan worden dat verzekeringsconsumenten zelf geen kennis hebben over de inhoud van polissen. Verzekeringnemers kunnen veelal, zonder de polisvoorwaarden ingezien te hebben, een inschatting maken van de inhoud en bijvoorbeeld de uitsluitingen van de dekking. Er zijn echter ook aspecten waar men geen weet van heeft en waarmee in de praktijk problemen kunnen rijzen (bijvoorbeeld als 64% van de respondenten met lege handen staat bij de aansprakelijkheidsverzekeraar wanneer ze schade aan zaken van derden die ze te leen hebben, claimen).

Het tweede deel van de enquête toetst de verwachtingen van verzekeringnemers over de zorg van en de informatievoorziening door de direct writer. Daarnaast wordt gevraagd naar de mening over het belang van eigen schuld aan de kant van de verzekeringnemer en de mate van gedeelde verantwoordelijkheid.

46% van de respondenten zegt de polisvoorwaarden bij het afsluiten van een nieuwe verzekering meestal wel te lezen. 30% leest ze zelfs altijd. Mogelijk hebben respondenten hier een sociaal wenselijk antwoord gegeven. De uitkomst is in elk geval in strijd met de algemene opvatting in de maatschappij, zoals onlangs door Jan Wolter Wabeke verwoord:

‘De klant heeft wel zijn handtekening gezet onder de voorwaarden. Maar verzekeraars weten dat veel klanten die voorwaarden niet lezen.’

Respondenten is ook gevraagd een oordeel te vellen over een casus waarin de verzekeraar een beroep doet op een uitsluiting waarvan de verzekeringnemer niet afwist doordat deze geen polisvoorwaarden had gelezen en niet door de verzekeraar geïnformeerd was. 70% van de respondenten oordeelt dat de eigen schuld van de verzekeringnemer doorslaggevend is dan het niet expliciet informeren over de uitsluiting door de direct writer. Uit een tiental resultaten van respondenten onder bedrijfskunde- en economiestudenten blijkt dat zij minder snel een zorgplicht van de direct writer aannemen en meer als eigen verantwoordelijkheid van de verzekeringnemer beschouwen. Ik wil graag aanbevelen om vervolgonderzoek te verrichten onder andere populaties die bijvoorbeeld dichter bij het economische bedrijfsleven staan.

We kunnen uit de enquête concluderen dat de respondenten een gedeelde verantwoordelijkheid van verzekeringnemer en direct writer prefereren. 76% van de respondenten is van mening dat, wanneer blijkt dat de verzekeringnemer een verkeerde voorstelling van zaken had over de dekking onder een polis van een reisverzekering, deze de polisvoorwaarden beter had moeten lezen. 62% is daarentegen tevens van mening dat de verzekeraar de verzekeringnemer expliciet had moeten informeren. Wat met name opvalt is dat de respondenten vooral beperktere vormen van zorg- respectievelijk informatieverplichtingen voor de direct writer prefereren. Met deze beperktere vormen doel ik op bijvoorbeeld brochures en toelichtingen, maar ook op een beperkt cliëntenprofiel en het enkele attenderen op uitsluitingen en verwijzing naar polisvoorwaarden. Respondenten geven in de enquête overal aan enige mate van zorg te verwachten van de direct writer.

Tenslotte geven de resultaten van de enquête een indicatie van de verwachtingen die de verzekeringnemer heeft van de direct writer. De respondenten kregen allereerst de vraag welke informatie belangrijk is bij het afsluiten van een bepaalde verzekering. Vervolgens moesten ze aangegeven of ze de verwachting hadden deze informatie bij het afsluiten van de verzekering te krijgen van de direct writer. Het merendeel van de respondenten verwacht van de direct writer bij het telefonisch afsluiten van de verzekering informatie te krijgen over de premie (90%) en de looptijd van de verzekering (76%). 65% van de respondenten verwacht geïnformeerd te worden over de dekkingsomvang. Mijns inziens zal een direct writer dit laatste met de huidige regelgeving echter niet doen. Wat betreft het omzien naar de noodzakelijkheid van de verzekering verwacht men over het algemeen niet te veel van de direct writer. De verzekeringnemer moet zelf waken voor dubbelverzekering en verwacht hier niet op geattendeerd te worden door de direct writer.

1 ‘Kijk uit met verzekeringen waar je niet zelf om vraagt’, *Algemeen Dagblad* 23 april 2008, p. 15.

VI Dienstweigeringsplicht door juridisch dienstverleners in het belang van de cliënt

Anne-Marije van Zanten

In de rechtsverhouding tussen de juridisch dienstverlener en de cliënt is de autonomie van beide partijen het uitgangspunt, maar tegelijk wordt veel nadruk gelegd op de zorg voor de belangen van de cliënt. Vanuit dit spanningsveld tussen autonomie en paternalisme beoordeel ik in deze bijdrage wanneer de juridisch dienstverlener verplicht is zijn dienst in het belang van de cliënt te weigeren. Vervolgens wordt onderzocht of deze dienstweigeringsplicht essentieel is voor het betrachten van de vereiste zorg voor de belangen van de cliënt.

Wat moeten notarissen, gerechtdeurwaarders en advocaten doen wanneer de cliënt opdracht geeft een dienst te verlenen, waaraan voor hem nadelige gevolgen of risico's verbonden zijn? Indien mogelijk, moeten zij de cliënt eerst waarschuwen. Wanneer dat niet mogelijk is of niet effectief blijkt te zijn, kunnen zij onder omstandigheden een dienstweigeringsplicht hebben.

Vanuit rechtspsychologisch perspectief stel ik vraagtekens bij de werkelijke noodzaak van dienstweigeringsplicht in het belang van de cliënt. Diverse psychologische factoren kunnen negatieve invloed hebben op de beslissing van de cliënt. Uit de in deze bijdrage beschreven rechtspsychologische inzichten blijkt dat de juridisch dienstverlener (mede) oorzaak kan zijn van de onverstandige beslissing van de cliënt. Ook blijkt hieruit hoe belangrijk het is dat de cliënt zelf in zekere mate bewust wordt van de consequenties van zijn beslissing. Op basis van deze inzichten concludeer ik dat de juridisch dienstverlener in veel gevallen kan vermijden dat hij uiteindelijk zijn dienst zou moeten weigeren: enerzijds door zich ervan bewust te zijn dat de onverstandige beslissing van de cliënt juist (mede) het gevolg kan zijn van zijn eigen handelen en anderzijds door de beslissing van de cliënt zo veel mogelijk in positieve zin proberen te beïnvloeden. Mijns inziens is de dienstweigeringsplicht daarom minder essentieel voor het betrachten van de vereiste zorg voor de belangen van de cliënt dan deze op grond van het recht lijkt te zijn.

6.1 Inleiding

Wat zou iemand verwachten wanneer hij naar een advocaat gaat met de vraag zijn belangen te behartigen in een juridisch conflict? Dat de advocaat dit zal weigeren? Waarschijnlijk zal hij het eerder een vanzelfsprekende zaak vinden dat de advocaat dienst verleent wanneer hierom wordt gevraagd. Dit zal zeker het geval zijn ten aanzien van dienstverlening door een notaris of gerechtsdeurwaarder. Zij zijn immers in beginsel verplicht de gevraagde dienst te verlenen. Bovendien geldt voor elk van deze drie juridisch dienstverleners dat men voor het verrichten van bepaalde juridische handelingen van

hen afhankelijk is, aangezien zij daartoe specifiek bevoegd zijn. Het ligt veel complexer. Juridisch dienstverleners verrichten hun diensten niet alleen *in opdracht*, maar ook *ten behoeve van* de cliënt: zij moeten daarbij zorg dragen voor de belangen van de cliënt. Onder omstandigheden kan dit juist meebrengen dat zij verplicht zijn hun dienst in het belang van de cliënt te weigeren.

Hierbij rijzen verscheidene interessante vragen: wanneer en waarom moet de cliënt in zo vergaande mate worden beschermd? Hoe verhoudt deze dienstweigeringsplicht zich tot de beslissingsvrijheid van de cliënt? Is deze vorm van paternalisme noodzakelijk ter bescherming van de belangen van de cliënt of kunnen de belangen van de cliënt even goed of zelfs beter worden beschermd door middel van minder paternalistische maatregelen? Uit deze vragen blijkt dat de dienstweigeringsplicht zich bevindt in een spanningsveld tussen autonomie en paternalisme. Vanuit dit spanningsveld stel ik in deze bijdrage de vraag centraal wanneer de juridisch dienstverlener verplicht is zijn dienst in het belang van de cliënt te weigeren en vervolgens of deze dienstweigeringsplicht essentieel is voor het betrachten van de vereiste zorg voor de belangen van de cliënt.

Voor de beoordeling van dit vraagstuk is het nodig om aandacht te besteden aan bijzondere wet- en regelgeving en de uitwerking daarvan in de (tucht)-rechtspraak. Daarom richt ik mij specifiek op de beroepspraktijk van notarissen, gerechtsdeurwaarders en advocaten. Wanneer ik spreek over 'de juridisch dienstverlener' bedoel ik deze drie beroepsgroepen. Dit neemt niet weg dat dit dilemma ook speelt in de beroepspraktijk van andere juridisch dienstverleners.

Verder concentreer ik mij op dienstweigering *in het belang van de cliënt*. Daarmee bedoel ik het weigeren van een dienst, waaraan voor de cliënt nadelige gevolgen of risico's verbonden zijn. Andere gronden voor dienstweigering die zien op het algemeen belang, de belangen van de juridisch dienstverlener en de belangen van derden laat ik buiten beschouwing. Deze gronden zijn namelijk minder relevant met betrekking tot het thema van deze bundel.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In § 2 zet ik uiteen hoe het spanningsveld tussen autonomie en paternalisme tot uiting komt in de rechtsverhouding tussen de juridisch dienstverlener en de cliënt. In deze paragraaf wordt onder meer aandacht besteed aan de zorgplicht van de juridisch dienstverlener, de verplichtingen die daaruit voortvloeien en de plicht tot dienstverlening (de ministerieplicht). In § 3 komt de dienstweigeringsplicht van de juridisch dienstverlener aan de orde. Daarbij formuleer ik, mede aan de hand van de in § 2 besproken verplichtingen, een aantal algemene criteria en richtlijnen ter beoordeling van de vraag wanneer de juridisch dienstverlener verplicht is zijn dienst in het belang van de cliënt te weigeren. Op basis daarvan geef ik aan hoe deze plicht zich verhoudt tot de beslissingsvrijheid van de cliënt. Vervolgens beoordeel ik in § 4 vanuit rechtspsychologisch oogpunt in hoeverre dienstweigering daadwerkelijk noodzakelijk is ter bescherming van de belangen van de cliënt. De beslissing van de cliënt vormt de aanleiding voor de dienstweigeringsplicht van de juridisch dienstverlener. Daarom zal voor de beoordeling van de noodzaak van dienstweigering inzicht moeten worden verkregen in de oorzaken van de onverstandige beslissing van de cliënt: waarom geeft de cliënt opdracht tot het verlenen van een dienst, waaraan voor hem juist nadelige gevolgen of

risico's verbonden zijn? Dit inzicht zal buiten het recht moeten worden gezocht en wel in de psychologie. Het recht is namelijk vooral gericht op het handelen van de juridisch dienstverlener. In § 4.2 probeer ik daarom aan de hand van resultaten uit voornamelijk de cognitieve psychologie inzicht te geven in het beoordelings- en beslissingsproces van de cliënt en de psychologische factoren die de beslissing van de cliënt negatief kunnen beïnvloeden. Vervolgens koppel ik in § 4.3 terug naar het recht door op basis van deze psychologische inzichten te beoordelen in hoeverre dienstweigering daadwerkelijk noodzakelijk is. Tot slot kom ik in § 5 tot mijn conclusie.

6.2 Rechtsverhouding tussen juridisch dienstverlener en cliënt

6.2.1 Overeenkomst van opdracht en beroepsvereisten

Doorgaans bestaat er tussen de juridisch dienstverlener en de cliënt een contractuele verhouding. Aan deze contractuele verhouding ligt vrijwel steeds een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 e.v. BW ten grondslag.

Daarnaast zijn aan de beroepsuitoefening van de juridisch dienstverlener nadere eisen gesteld. Deze zijn opgenomen in bijzondere wet- en regelgeving en komen ook tot uitdrukking in de beroeps- en gedragsregels, tuchtrechtspraak en jurisprudentie.¹

Op basis van deze wet- en regelgeving wordt hierna een beeld geschetst van de posities die de juridisch dienstverlener en de cliënt in deze rechtsverhouding ten opzichte van elkaar innemen. Dit is nodig om inzicht te krijgen in hoeverre het recht gericht is op waarborging van de autonomie van beide partijen en/of op bescherming van één van de partijen, namelijk de cliënt.

6.2.2 Verantwoordelijkheid en autonomie van de juridisch dienstverlener

Advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders zijn vrije beroepsbeoefenaren,² wier beroepsuitoefening onder meer wordt gekenmerkt door professionele autonomie (on-

¹ Hierbij dient wel te worden aangetekend dat de beroeps- en gedragsregels en de tuchtrechtspraak slechts indirect van invloed zijn op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de juridisch dienstverlener. De rechter is hieraan namelijk niet strikt gebonden, maar hij dient het wel als omstandigheid mee te wegen in zijn oordeel over de vraag of de juridisch dienstverlener een beroepsfout heeft gemaakt en daarvoor civielrechtelijk aansprakelijk is. Zie onder meer HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56 (Baarns beslag; m.nt. W.M. Kleijn); HR 7 februari 1986, NJ 1986, 378; HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420; HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537; zie ook Onrechtmatige daad (Huijgen), VI. Beroeps- en dienstenaansprakelijkheid, aant. 11, 31 en 130; L.H.A.J.M. Quant, 'Le roi est mort; vive le roi?', in: T. de Waard e.a., *Is cliënt koning? Bundel ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 1994*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 21.

² Ook wel aangeduid als deskundigen of professioneel dienstverleners. Voorbeelden van andere vrije beroepsbeoefenaren zijn: juridisch adviseurs, medisch specialisten, psychologen, fysiotherapeuten, dierenartsen, assurantieadviseurs en accountants.

afhankelijkheid) en persoonlijke verantwoordelijkheid voor de diensten die zij verlenen. Verder beschikken zij over een specifieke deskundigheid. Als gevolg daarvan is er sprake van een vertrouwensrelatie met de cliënt. De cliënt kan namelijk doorgaans zeer moeilijk de kwaliteit van de dienstverlening beoordelen; hij zal moeten kunnen vertrouwen op de zorg en bekwaamheid van de juridisch dienstverlener.³

6.2.2.1 De zorg van een goed opdrachtnemer

Op grond van art. 7:401 BW dient de juridisch dienstverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. De zorgplicht van juridisch dienstverleners is niet beperkt tot deze contractuele zorgvuldigheidsnorm, maar geldt ook voor dienstverlening buiten contract. Juridisch dienstverleners hebben namelijk uit hoofde van hun beroep de plicht om bij hun beroepsuitoefening de zorgvuldigheid in acht te nemen 'die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht'.⁴ Deze algemene maatstaf wordt in de jurisprudentie gehanteerd ten aanzien van de zorgplicht van vrije beroepsbeoefenaren en geldt ook als uitwerking van de contractuele zorgplicht in art. 7:401 BW.⁵ Een schending van deze zorgplicht is derhalve niet alleen te kwalificeren als wanprestatie, maar ook als onrechtmatig handelen.⁶

De zorgplicht brengt mee dat de belangen van de cliënt niet mogen worden blootgesteld aan onnodige risico's.⁷ Dit betekent niet dat de juridisch dienstverlener alle risico's dient te vermijden.⁸ Onder 'onnodig risico' wordt verstaan een risico dat onder de betreffende omstandigheden voorzienbaar is en eenvoudig vermeden kan worden, zonder dat

- 3 Andere belangrijke kenmerken van het 'vrije beroep' zijn permanente educatie, (tuchtrechtelijk) toezicht op de beroepsuitoefening en een specifieke bevoegdheid om bepaalde diensten te verlenen (domeinmonopolie). Zie voor meer informatie E. Niemeijer & M. ter Voert, 'Vertrouwen onder druk. Vrije juridische beroepen tussen professie en commercie', *Justitiële verkenningen* 2005-3, p. 10-11 en de website van de Raad voor het Vrije Beroep, <www.raad-voorhetvrijberoep.nl>.
- 4 HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26, waarin deze maatstaf voor het eerst als zodanig is geformuleerd; zie ook latere jurisprudentie, onder andere HR 26 april 1991, *NJ* 1991, 455; HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 302; HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 8.
- 5 *Kamerstukken I* 1992/93, 17 779, nr. 95b, p. 1 (MvA I), waar de wetgever – kort gezegd – benadrukt dat de rechtspraak, waarin deze maatstaf is geformuleerd, onder het nieuwe recht zijn betekenis behoudt en zal functioneren als uitwerking van art. 7:401 BW voor de groepen van gevallen waarop die rechtspraak betrekking heeft.
- 6 B. Wessels, 'Algemene bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht', in: C.C. van Dam & B. Wessels (red.), *Opdracht en dienstverlening*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 13; I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 6, 24-26; D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris*, Deventer: Kluwer 2002, p. 31.
- 7 HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56 (Baarns beslag; m.nt. W.M. Kleijn); HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367 (De Ridder/Moskowitz; m.nt. C.J.H. Brunner); HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 809 (m.nt. C.J.H. Brunner); HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 134 (concl. A-G Biegman-Hartogh); HR 29 november 1991, *NJ* 1992, 808 (m.nt. C.J.H. Brunner); HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 287 (m.nt. W.M. Kleijn); HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 460; HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 302; HR 2 februari 2007, *NJ* 2007, 92.
- 8 HR 9 maart 1990, *NJ* 1990, 428; HR 29 november 1991, *NJ* 1992, 808 (m.nt. C.J.H. Brunner).

daarmee andere risico's in het leven worden geroepen.⁹ Ook bij andere (mogelijke) nadelige gevolgen of risico's kan op grond van de zorgplicht bescherming van de belangen van de cliënt zijn vereist.

6.2.2.2 *Zelfstandige beoordeling en uitvoering van de opdracht*

De zorgplicht brengt mee dat de juridisch dienstverlener de opdracht en de relevante omstandigheden zelfstandig dient te beoordelen en de opdracht naar eigen inzicht dient uit te voeren. Dit blijkt onder meer uit het arrest van 28 juni 1991 waarin de Hoge Raad het volgende heeft overwogen:

‘De verplichting van een advocaat om een hem opgedragen zaak met zorg te behandelen brengt immers in beginsel mee dat hij zich niet beperkt tot de verrichtingen waarom zijn cliënt uitdrukkelijk heeft gevraagd, maar dat hij zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelt (...).’¹⁰

Opmerkelijk is dit niet, aangezien de juridisch dienstverlener als vrij beroepsbeoefenaar persoonlijke verantwoordelijkheid draagt voor zijn beroepsuitoefening. Dit komt onder andere tot uitdrukking in de gedragsregels voor advocaten:

‘De advocaat draagt volledige verantwoordelijkheid voor de behandeling van de zaak. De advocaat kan zich niet aan deze verantwoordelijkheid onttrekken met een beroep op de van zijn cliënt verkregen opdracht (...).’¹¹

Ook in de beroeps- en gedragsregels voor het notariaat wordt hierop gewezen:

‘Ook indien een opdrachtgever anders zou verlangen, blijft de notaris gehouden de werkzaamheden te verrichten die hij in verband met de opdracht als notaris behoort te verrichten. Dit geldt ook wanneer door derden al werkzaamheden zijn verricht.’¹²

9 A.T. Bolt & J. Spier, ‘De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad’, in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging 1996-1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1996, p. 137-138; A-G Strikwerda in zijn conclusie voorafgaande aan het arrest HR 29 november 1991, *NJ* 1992, 808, onder 10; A-G Langemeijer in zijn conclusie voorafgaande aan het arrest HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 302, onder 2.6.

10 HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 420, r.o. 4.3.2; zie ook HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 91 (Dick Trading I; m.nt. E.A.A. Luijten); HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (Dick Trading II; m.nt. W.M. Kleijn); HR 22 maart 1996, *NJ* 1996, 668 (m.nt. W.M. Kleijn); HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 594 (m.nt. W.M. Kleijn).

11 Nederlandse Orde van Advocaten, *Gedragsregels*, 's-Gravenhage: Nederlandse Orde van Advocaten 1992, regel 9 lid 1. De gedragsregels zijn integraal te raadplegen op <www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/vademecum.asp> (hierna te noemen: Gedragsregels voor advocaten, regel 9).

12 Verordening beroeps- en gedragsregels van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie van 21 juni 2000, *Stcrt.* 2000, 182, laatstelijk gewijzigd bij verordening van 21 september 2005, *Stcrt.* 2006, 78, art. 2. De beroeps- en gedragsregels zijn integraal te raadplegen op <www.notaris.nl/page.asp?id=415> (hierna te noemen: Beroeps- en Gedragsregels voor het Notariaat, art. 2).

Daarnaast is een zelfstandige uitvoering en beoordeling van de opdracht vereist in verband met de onafhankelijke, bij notarissen en gerechtsdeurwaarders tevens onpartijdige, beroepsuitoefening. Juridisch dienstverleners verlenen hun diensten in opdracht van de cliënt, maar wel op onafhankelijke wijze, namelijk zowel in het belang van de cliënt als in het algemeen belang.¹³ Notarissen en gerechtsdeurwaarders dienen ook te vermijden dat zij in financieel opzicht te veel van één opdrachtgever of betrokkene afhankelijk zijn, waardoor hun onpartijdigheid in gevaar zou kunnen komen.¹⁴

6.2.2.3 Opvolgen van aanwijzingen van de cliënt?

Op grond van art. 7:402 lid 1 BW is de juridisch dienstverlener verplicht 'gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht'. Deze aanwijsbevoegdheid van de cliënt kan echter onder meer worden begrensd door 'de aard van de opgedragen verrichtingen of de overeenkomst'.¹⁵ Hiervoor is gebleken dat de aard van de overeenkomst vereist dat de juridisch dienstverlener de vrijheid moet hebben de opdracht naar eigen inzicht uit te voeren.¹⁶ Ook kan volgens de wetgever niet van een verantwoorde aanwijzing worden gesproken wanneer deze leidt tot handelen in strijd met beroeps- en gedragsregels.¹⁷ Dit heeft tot gevolg dat de juridisch dienstverlener niet gehouden is aanwijzingen van de cliënt op te volgen, indien hij deze niet verenigbaar acht met zijn professionele autonomie en/of persoonlijke verantwoordelijkheid.¹⁸

6.2.2.4 Informatie- en waarschuwingsplicht

De cliënt dient in staat te worden gesteld om een weloverwogen beslissing te nemen. De juridisch dienstverlener moet de cliënt daarom vooraf voldoende informatie geven, zodat de cliënt zelf kan beslissen of hij wil dat de betreffende dienst aan hem wordt ver-

13 Gedragsregels voor advocaten, regel 2; Art. 17 Wna; Beroeps- en Gedragsregels voor het Notariaat, art. 12; Verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders van 9 juli 2001, *Stcrt.* 2001, nr. 132, art. 2. De beroeps- en gedragsregels zijn integraal te raadplegen op <www.kbvg.nl/uploads/media/beroepsgedragsregels_01.pdf> (hierna te noemen: Beroeps- en Gedragsregels voor Gerechtsdeurwaarders, art. 2).

14 Art. 17 Wna; Beroeps- en Gedragsregels voor het Notariaat, art. 12 lid 1; Beroeps- en Gedragsregels voor Gerechtsdeurwaarders, art. 2.

15 PG boek 7, p. 323; zie ook art. 400 lid 2 BW, waarin staat dat deze bepaling van toepassing is, 'tenzij iets anders voortvloeit uit de (...) aard van de overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling (...)'.¹

16 Zie § 2.2.2.

17 *Kamerstukken I* 1992/93, 17 779, nr. 95b, p. 2 (MvA I).

18 Zie ook PG boek 7, p. 323-325; C.J. H. Brunner, 'De opdracht (Ontwerp boek 7, titel 7)', *WPNR* 1974, p. 786; B. Wessels, 'De rechtsverhouding tussen cliënt en notaris resp. advocaat', *WPNR* 1994, p. 582-583; S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 61; Bijzondere overeenkomsten (Van Neer-Vanden Broek), art. 7:402, aant. 1; A.L.H. Ernes, 'Opdracht', in: B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 84.

leend of een keuze kan maken uit mogelijke alternatieven.¹⁹ De juridisch dienstverlener moet daarbij de informatie afstemmen op de persoon van de cliënt en de omstandigheden van het geval.²⁰

Indien nodig moet de juridisch dienstverlener de cliënt ook wijzen op mogelijke risico's en hem daarvoor waarschuwen.²¹ In beginsel is hij hiertoe alleen verplicht wanneer er een reële mogelijkheid bestaat dat deze risico's zich zullen verwezenlijken.²² Ten aanzien van de waarschuwingsplicht van de notaris heeft de Hoge Raad in het *Groninger Huwelijksvoorwaarden*-arrest overwogen dat de notaris zich bij het verlijden van akten niet altijd mag beperken tot het geven van een zakelijke toelichting. Onder omstandigheden is hij beroepshalve verplicht verdergaande informatie te geven en met name te wijzen op de specifieke risico's die aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden zijn (de zogenoemde '*Belehrungspflicht*').²³ Deze plicht heeft tot doel de cliënten (partijen)²⁴ bewust te maken van de (mogelijk nadelige) gevolgen van de in de akte vastgelegde afspraken en te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.²⁵ In de beroeps- en gedragsregels is bepaald dat deze plicht ook geldt in geval van rechtshandelingen die niet in een akte worden neergelegd.²⁶ Denk bijvoorbeeld aan het opmaken van een koopovereenkomst²⁷ en het sluiten van een samenlevingsovereenkomst.²⁸

19 HR 2 februari 2007, *NJ* 2007, 92.

20 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 29-32. Daarnaast is er op grond van art. 7:403 lid 1 BW een informatieplicht ten aanzien van de uitvoering en de voltooiing van de opdracht.

21 Onrechtmatige daad (Huijgen), VI. Beroeps- en dienstenaansprakelijkheid, aant. 9.

22 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 29, 33-35.

23 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (Groninger huwelijksvoorwaarden; m.nt. E.A.A. Luijten); zie ook HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 91 (Dicky Trading I; m.nt. E.A.A. Luijten) en het vervolg op dit arrest HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (Dicky Trading II; m.nt. W.M. Kleijn); HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 594 (m.nt. W.M. Kleijn); HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 8. In de literatuur bestaan verschillende opvattingen over de vraag of deze bijzondere waarschuwingsplicht later is neergelegd in art. 43 Wna of dat dit artikel alleen ziet op de algemene informatieplicht van de notaris; zie hierover D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris*, Deventer: Kluwer 2002, p. 53-56.

24 De notaris is onpartijdig en draagt zorg voor de belangen van de betrokken partijen. Bij het verlijden van een akte moet daarom mijns inziens niet alleen de opdrachtgever als cliënt worden beschouwd, maar ook de andere partij bij de akte; aldus ook D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris*, Deventer: Kluwer 2002, p. 25-27.

25 Toelichting op art. 4 van de Beroeps- en Gedragsregels voor het Notariaat; HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (Groninger huwelijksvoorwaarden; m.nt. E.A.A. Luijten).

26 Beroeps- en Gedragsregels voor het Notariaat, art. 4 lid 1.

27 HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 91 (*Dicky Trading I*; m.nt. E.A.A. Luijten); zie ook W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt*, Deventer: Kluwer 2001, p. 156-157.

28 Hof Amsterdam 8 januari 1998, *WPNR* 1998; zie ook W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt*, Deventer: Kluwer 2001, p. 143-144.

6.2.2.5 Onderzoeksplicht

Voordat de juridisch dienstverlener de door de cliënt verlangde diensten verleent, moet hij zich eerst voldoende inspannen om alle relevante informatie te verwerven die nodig is voor een goede beoordeling van het hem voorgelegde geval. Daarbij mag hij niet slechts uitgaan van de informatie die de cliënt zelf geeft, maar moet hij de cliënt de nodige vragen stellen.²⁹

Wanneer de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven, dient hij ook te onderzoeken of de cliënt weet en begrijpt welke nadelige gevolgen en risico's aan de gevraagde dienst verbonden (kunnen) zijn.³⁰ Bij de notaris houdt dit direct verband met zijn plicht om naar vermogen te voorkomen dat (door de andere partij bij de akte) misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.³¹ De cliënt moet niet alleen worden beschermd tegen anderen, maar onder omstandigheden ook tegen zichzelf. Wanneer de cliënt een beslissing neemt die niet in zijn belang is, kan dit leiden tot de plicht om te onderzoeken of de cliënt zich daarvan voldoende bewust is.

Deze onderzoeksplicht is uiteraard wel begrensd: de omstandigheden die negatieve invloed (kunnen) hebben op de beslissing van de cliënt moeten wel kenbaar zijn voor de juridisch dienstverlener, zo blijkt uit art. 3:35 BW. Wanneer een contractspartij niet wist of had moeten begrijpen dat zijn wederpartij de overeenkomst gesloten heeft onder invloed van bijvoorbeeld een geestelijke stoornis, blijft de overeenkomst tot stand. Hij heeft dan 'gerechtvaardigd vertrouwd' op de wilsbekwaamheid van zijn wederpartij.³²

Er bestaat mijns inziens wel een verschil met de onderzoeksplicht van gewone contractspartijen; aangezien de zorgplicht van de juridisch dienstverlener zwaarder is, mag van hem ook meer onderzoek worden verwacht.³³ Vanwege zijn deskundigheid zal hij doorgaans redelijk in staat zijn om in te schatten dat de cliënt een onverstandige beslissing neemt en dat hij zich mogelijk onvoldoende bewust is van de nadelige gevolgen en risico's. Wanneer dat het geval is, zal hij hiernaar nader onderzoek moeten doen,

29 Onrechtmatige daad (Huijgen), VI. Beroeps- en dienstenaansprakelijkheid, aant. 8; I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 29-31; HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (Groninger huwelijksvoorwaarden; m.nt. E.A.A. Luijten); HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 91 (Dicky Trading I; m.nt. E.A.A. Luijten) en het vervolg op dit arrest HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (Dicky Trading II; m.nt. W.M. Kleijn); HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 594 (m.nt. W.M. Kleijn); HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 8.

30 Zie ook I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 31-32.

31 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (Groninger huwelijksvoorwaarden; m.nt. E.A.A. Luijten); HR 27 maart 1992, *NJ* 1993, 188 (m.nt. E.A.A. Luijten); HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 594 (m.nt. W.M. Kleijn); HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 8; D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris*, Deventer: Kluwer 2002, p. 79-80.

32 HR 11 december 1959, *NJ* 1960, 230 (Eelman/Hin; m.nt. L.E.H. Rutten).

33 Hetzelfde geldt overigens voor andere vrije beroepsbeoefenaren.

bijvoorbeeld door vragenderwijs te controleren of en in hoeverre de cliënt de verkregen informatie begrijpt en de risico's inschat.³⁴

6.2.2.6 Ministerieplicht

Ten aanzien van notarissen, gerechtsdeurwaarders en advocaten is in de wet ook een ministerieplicht opgenomen. Notarissen en gerechtsdeurwaarders hebben in beginsel steeds de plicht hun diensten te verlenen wanneer hierom wordt verzocht. Advocaten hebben deze plicht in beginsel niet, maar uitsluitend in bepaalde gevallen. Aangezien deze verplichting de tegenpool vormt van een dienstweigeringsplicht, zal ik dieper op deze verplichting ingaan.

6.2.2.6.1 Ministerieplicht notaris

De ministerieplicht van de notaris is opgenomen in art. 21 lid 1 Wet op het Notarisambt (verder: Wna), dat als volgt luidt:

‘De notaris is verplicht de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten, behoudens het bepaalde in het tweede lid.’

Volgens de wetgever geldt de ministerieplicht niet voor buitenwettelijke werkzaamheden, aangezien de Wet op het notarisambt in beginsel alleen van toepassing is op ambtelijke (oftewel wettelijke) werkzaamheden.³⁵ De ministerieplicht zou derhalve wel gelden voor bijvoorbeeld het verlijden van een authentieke akte, maar niet voor juridisch advies of het verlijden van een onderhandse akte. In de literatuur wordt soms toch aangenomen dat de ministerieplicht ook kan gelden voor buitenwettelijke werkzaamheden. Zo menen Huijgen en Pleysier dat deze wettelijke ministerieplicht ook geldt voor werkzaamheden die heel nauw samenhangen met de wettelijke werkzaamheden en die doorgaans alleen door het notariaat worden verricht.³⁶ Michiels van Kessenich-Hoogendam meent dat een ministerieplicht in bepaalde gevallen ook kan voortvloeien uit ongeschreven recht, namelijk uit de bovengenoemde zorgplicht.³⁷

34 Om notarissen beter in staat te stellen de wilsbekwaamheid van cliënten te beoordelen is ten behoeve van de notariële dienstverlening een protocol opgesteld. Zie nader Braun in haar bijdrage aan deze bundel.

35 *Kamerstukken II* 1996/97, 23 706, nr. 12, p. 17 en 18 (NV II); *Kamerstukken II* 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 16 (MvT II).

36 W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt*, Deventer: Kluwer 2001, p. 154.

37 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 116. Daarnaast bevat art. 56 Wna een (specifieke) ministerieplicht om tegen een gemaximeerd tarief bepaalde ambtelijke werkzaamheden in het familierecht te verrichten jegens on- en minvermogenen. De verplichting geldt alleen wanneer de voorzitter van de kamer van toezicht, op verzoek van een minder draagkrachtige belanghebbende, de betreffende werkzaamheden aan de notaris opdraagt; zie W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt*, Deventer: Kluwer 2001, p. 155; Onrechtmatige daad (Huijgen), VI. Beroeps- en dienstenaansprakelijkheid, aant. 111.

6.2.2.6.2 *Ministerieplicht gerechtsdeurwaarder*

De ministerieplicht van de gerechtsdeurwaarder is vergelijkbaar met die van de notaris. Op grond van art. 11 Gerechtsdeurwaarderswet (verder: GDW) is hij, behoudens de onder a en b genoemde uitzonderingen,

‘te allen tijde verplicht in het gehele arrondissement waarin zijn plaats van vestiging is gelegen de ambtshandelingen waartoe hij bevoegd is, te verrichten wanneer hierom wordt verzocht (...)’.

Sinds de invoering van de Gerechtsdeurwaarderswet is de gerechtsdeurwaarder bevoegd zijn ambtshandelingen in het gehele land te verrichten (art. 3 lid 1 GDW). De ministerieplicht geldt daarentegen alleen voor ambtshandelingen in het eigen arrondissement.³⁸

6.2.2.6.3 *Ministerieplicht advocaat*

De advocaat heeft slechts in bepaalde gevallen een ministerieplicht, namelijk in geval van toevoeging van rechtsbijstand aan minder draagkrachtigen³⁹ of verdachten in strafzaken⁴⁰ en in geval van aanwijzing door de deken van de Orde van Advocaten.⁴¹ Dit betreft vrij uitzonderlijke situaties. Aanwijzing door de deken geschiedt bijvoorbeeld slechts wanneer de rechtzoekende niet of niet tijdig een advocaat gevonden heeft die bereid is zijn diensten in deze zaak te verlenen.

6.2.3 *Verantwoordelijkheid en autonomie van de cliënt*

Uit het voorgaande blijkt dat de juridisch dienstverlener ten opzichte van de cliënt een verantwoordelijke en autonome positie inneemt. Hoe verhoudt dit zich tot de verantwoordelijkheid en autonomie van de cliënt?

6.2.3.1 *Beslissingsvrijheid en beperkte aanwijsbevoegdheid*

Doordat de juridisch dienstverlener het recht én de plicht heeft de opdracht naar eigen inzicht uit te voeren, kan voor de cliënt de ruimte om aanwijzingen te geven omtrent de uitvoering van de opdracht beperkt zijn.⁴² De beslissing óf de opdracht moet worden uitgevoerd is in beginsel wel overgelaten aan de cliënt: hij is immers de opdrachtgever.⁴³

³⁸ A.W. Jongbloed, ‘De gerechtsdeurwaarder. Zakenman of functionaris?’, *Justitiële verkenningen* 2005-3, p. 65.

³⁹ Art. 24 lid 4 WRB (Wet op de rechtsbijstand); zie voor meer details hierover I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 78-79.

⁴⁰ Art. 13 lid 5 Advw (Advocatenwet); zie voor meer details hierover I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 79.

⁴¹ Art. 13 lid 1-4 Advw; zie voor meer details hierover I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 79-80.

⁴² Zie hierover § 2.2.2 en § 2.2.3.

⁴³ I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 35.

Toch is ook deze beslissingsvrijheid niet onbeperkt. Een juridisch dienstverlener kan weliswaar geen dienst verlenen waar de cliënt niet om heeft gevraagd, maar er kunnen zich wel situaties voordoen waarin hij zijn dienst moet weigeren.

6.2.3.2 *Verplichtingen en eigen verantwoordelijkheid*

Op grond van de algemene regeling van opdracht heeft de cliënt enkele financiële verplichtingen.⁴⁴ Andere verplichtingen kunnen voortvloeien uit de overeenkomst, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). In de literatuur wordt aangenomen dat hij bij zijn werkzaamheden ook de 'zorg van een goed opdrachtgever' in acht moet nemen, waarbij gewezen wordt op de informatie- en medewerkingsplicht van de patiënt in art. 7:452 BW.⁴⁵ Mij lijkt een dergelijke plicht in het algemeen in de juridische dienstverlening niet nodig.⁴⁶ Een gebrek aan medewerking van de cliënt zal namelijk, anders dan in de medische dienstverlening, niet het leven of de gezondheid van de cliënt in gevaar brengen.⁴⁷ Meestal kan dit enkel leiden tot economische schade of andere nadelige gevolgen voor de cliënt. Onvoldoende medewerking door de cliënt zou in de weg kunnen staan aan aansprakelijkheidsstelling van de juridisch dienstverlener.⁴⁸ Indien de cliënt niet meewerkt, is hij in beginsel zelf verantwoordelijk voor de ontstane schade en komt deze voor zijn eigen rekening. Mogelijk ligt het wel op de weg van de juridisch dienstverlener om de cliënt te waarschuwen voor de gevolgen van niet-medewerking. Wanneer hij hiertoe verplicht is en dit toch nalaat, zou hij wel (mede) aansprakelijk kunnen zijn voor eventuele geleden schade.

6.2.4 *Autonomie en paternalisme in de juridische dienstverlening*

Geconcludeerd kan worden dat in de rechtsverhouding tussen de juridisch dienstverlener en de cliënt een spanningsveld bestaat tussen vrijheid en bescherming, oftewel

44 Art. 7:405 en 7:406 BW.

45 S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 77; A.L.H. Ernes, 'Opdracht', in: B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 87; K.F. Haak & R. Zwitter, *Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer*, Deventer: Kluwer 2003, p. 137.

46 Hierbij ga ik uit van de hoofdregel dat de juridisch dienstverlener slechts tot voldoende inspanning verplicht is. In geval van een resultaatsverbintenis zou de cliënt naar mijn mening wel een medewerkingsplicht kunnen hebben, aangezien medewerking dan vaak nodig is om het betreffende resultaat te kunnen leveren.

47 Dit is bijvoorbeeld het geval indien de cliënt gegevens achterhoudt of (opzettelijk) onjuiste gegevens verstrekt, terwijl de juridisch dienstverlener wel uitdrukkelijk om de betreffende informatie heeft gevraagd; zie I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 35.

48 Zie ook K.F. Haak & R. Zwitter, *Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer*, Deventer: Kluwer 2003, p. 138.

autonomie en paternalisme. Hierin staat de contractsvrijheid en autonomie van partijen voorop, maar deze is niet onbeperkt.⁴⁹

De zorgplicht en de daaruit voortvloeiende verplichtingen strekken onder andere tot bescherming van de cliënt als zwakkere partij. De juridisch dienstverlener beschikt op het betreffende vakgebied doorgaans over meer deskundigheid dan de cliënt, waardoor hij in beginsel bekwaam is om ten aanzien van de gevraagde dienst verstandige keuzes te maken.⁵⁰ Hij dient de cliënt daarom onder omstandigheden tegen zichzelf (of tegen een ander) te beschermen. Dit heeft echter tot gevolg dat de aanwijsbevoegdheid en beslissingsvrijheid van de cliënt in meer of mindere mate worden begrensd.⁵¹

6.3 Dienstweigeringsplicht in het belang van de cliënt

6.3.1 Paternalisme in het belang van de cliënt

Wanneer en in hoeverre de juridisch dienstverlener de cliënt tegen zichzelf (of tegen een ander) dient te beschermen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁵² Daardoor is hier in algemene zin geen eenduidig antwoord op te geven. Enig inzicht hierin is toch nodig om te kunnen beoordelen in hoeverre de zorg voor de belangen van de cliënt de beslissingsvrijheid van de cliënt kan begrenzen. Moet de keuze van de cliënt worden beïnvloed door de cliënt te waarschuwen of moet zijn beslissingsvrijheid zelfs worden ontnomen door de dienst te weigeren? Hieronder zal ik nader op deze vragen ingaan. Eerst formuleer ik aan de hand van de zorgplicht en de daaruit voortvloeiende verplichtingen een aantal algemene criteria voor de beoordeling van de vraag *wanneer* de cliënt tegen zichzelf dient te worden beschermd:

-
- 49 Vgl. T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *WPNR* 2004, p. 107; A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 34, waarin onder meer uitleg wordt gegeven over de beginselen van partijautonomie en contractsvrijheid.
- 50 Onderliggend beginsel bij het 'ingrijpen' in deze ongelijkwaardige verhouding is het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid; zie hierover A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 34.
- 51 Vgl. W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger. Enige opmerkingen naar aanleiding van HR 11 juli 2003, Co1/257 (Erven Kouwenberg/Rabobank Schaijk-Reek)', *NTBR* 2003, p. 558-559, waar aandacht wordt besteed aan een vergelijkbaar spanningsveld in de financiële dienstverlening; T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *WPNR* 2004, p. 108.
- 52 Zoals de aard en de ernst van de schade, de waarschijnlijkheid dat een nadelig gevolg of risico zich zal verwezenlijken, financiële en maatschappelijke omstandigheden van de cliënt en de mate van deskundigheid van de juridisch dienstverlener; zie ook PG boek 7, p. 323; S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 60; *Bijzondere overeenkomsten* (Van Neer-Van den Broek), art. 7:401, aant. 1.

- a. De cliënt vraagt een dienst te verlenen, waaraan nadelige gevolgen of risico's voor de cliënt verbonden (kunnen) zijn, en;
- b. de cliënt is niet of onvoldoende bekwaam om weloverwogen te beoordelen wat de betreffende dienst inhoudt en of hij dat heeft beoogd, of;
- c. de cliënt weet en begrijpt niet of onvoldoende welke nadelige gevolgen en risico's aan de betreffende dienst of de daarbij voorgenomen rechtshandeling verbonden (kunnen) zijn, of;
- d. door de gevraagde dienst te verlenen worden de belangen van de cliënt blootgesteld aan onnodige risico's, namelijk risico's die onder de betreffende omstandigheden voorzienbaar zijn en eenvoudig vermeden kunnen worden, zonder daarmee andere risico's in het leven te roepen.⁵³

6.3.2 Waarschuwen of weigeren?

Indien bescherming is vereist, is de juridisch dienstverlener dan slechts gehouden de cliënt te waarschuwen of moet hij zijn dienst weigeren? Dit zal ik voor de notaris, gerechtsdeurwaarder en advocaat afzonderlijk beoordelen. In algemene zin is niet duidelijk aan te geven wanneer moet worden volstaan met een waarschuwing en wanneer een dienstweigeringsplicht bestaat. Ik zal mij dan ook beperken tot enige richtlijnen.

6.3.2.1 Dienstweigeringsplicht notaris

De dienstweigeringsplicht van de notaris is opgenomen in art. 21 lid 2 Wna. Aangezien (anders dan bij de ministerieplicht, zie lid 1) een ruime formulering wordt gebruikt (namelijk 'zijn dienst') meen ik dat deze plicht voor alle werkzaamheden van de notaris geldt. Dienstweigering in het belang van de cliënt kan worden geschaard onder het open criterium 'andere gegronde redenen voor weigering'.⁵⁴

De notaris is ten eerste verplicht zijn dienst in het belang van de cliënt te weigeren wanneer hij weet of vermoedt dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde of feitelijk overwicht.⁵⁵

Hij dient de juridisch onkundige cliënt eerst te informeren en te waarschuwen voor de aan de rechtshandeling verbonden risico's.⁵⁶ De notaris moet daarmee volstaan wanneer de cliënt zich daarna voldoende bewust is van de risico's en deze wenst te lopen.⁵⁷ Hij moet zijn dienst weigeren wanneer:

⁵³ Aan het eerste criterium, dat ziet op het belang van de cliënt, moet altijd zijn voldaan en daarnaast aan één of meerdere van de overige criteria.

⁵⁴ Dit blijkt uit de uitwerking hiervan in de beroeps- en gedragsregels; zie Beroeps- en Gedragsregels voor het Notariaat, art. 4.

⁵⁵ Beroeps- en Gedragsregels voor het Notariaat, art. 4 lid 2.

⁵⁶ Zie § 2.2.4.

⁵⁷ HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II; m.nt. W.M. Kleijn); D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris*, Deventer: Kluwer 2002, p. 103-104, die ook aangeeft dat dienstweigering een 'ultimum remedium' is.

- de cliënt nog steeds onvoldoende inzicht heeft in de nadelige gevolgen en risico's die aan de rechtshandeling verbonden zijn, en;
- de medewerking van de notaris tot gevolg zou hebben dat ten aanzien van deze cliënt misbruik zal worden gemaakt van juridische onkunde of feitelijk overwicht.⁵⁸

Ten tweede heeft de notaris de plicht zijn dienst in het belang van de cliënt(en) te weigeren wanneer hij

‘de belangen van partijen niet meer kan behartigen op een wijze die een behoorlijk notaris betaamt’.⁵⁹

Blijkens de toelichting op deze regel ziet dit op de verplichting van de notaris in art. 17 lid 1 Wna om de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen. Wanneer dat om welke reden dan ook niet meer mogelijk is, moet hij zich volledig terugtrekken en de betrokken partijen hiervan op de hoogte stellen.⁶⁰

6.3.2.2 Dienstweigeringplicht gerechtsdeurwaarder

Ook ten aanzien van de ministerieplicht van de gerechtsdeurwaarder gelden enkele uitzonderingen (zie art. 11 GDW). In tegenstelling tot de gronden voor dienstweigering door de notaris zijn deze niet geformuleerd als plicht, maar als gronden waarop hij zijn dienst mag weigeren. Deze gronden zien echter niet op dienstweigering in het belang van de cliënt. Het weigeren van ambtshandelingen in het belang van de cliënt lijkt daarom wettelijk niet mogelijk. Wanneer men de beroeps- en gedragsregels voor gerechtsdeurwaarders en de tuchtrechtspraak beziet lijken er toch gronden te zijn voor een plicht tot dienstweigering in het belang van de cliënt, zoals:

- De gerechtsdeurwaarder voorziet dat hij de opdracht niet tijdig kan uitvoeren. Het is dan in het belang van de cliënt dat de opdracht zo spoedig mogelijk aan hem wordt teruggegeven, zodat de opdracht nog door een andere gerechtsdeurwaarder kan worden uitgevoerd.⁶¹
- Het verlenen van de dienst zal ertoe leiden dat de gerechtsdeurwaarder onnodige kosten moet maken.⁶² Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de cliënt om beslaglegging verzoekt, maar beslaglegging geen nut heeft en slechts kosten voor de cliënt

58 Beroeps- en Gedragsregels voor het Notariaat, art. 4 lid 2; HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (Groninger huwelijksvoorwaarden; m.nt. E.A.A. Luijten).

59 Beroeps- en Gedragsregels voor het Notariaat, art. 4 lid 3.

60 Als voorbeeld wordt gegeven het bestaan van een belangenconflict tussen partijen dat niet kan worden opgelost, maar ook andere situaties kunnen de uitoefening van deze taak onmogelijk maken.

61 Beroeps- en Gedragsregels voor Gerechtsdeurwaarders, art. 7.

62 Op grond van art. 10 van de Beroeps- en Gedragsregels voor Gerechtsdeurwaarders mag de gerechtsdeurwaarder geen onnodige kosten maken, zelfs niet indien de cliënt daar zelf om vraagt.

meebrengt. Wanneer de cliënt, na hiervoor te zijn gewaarschuwd, zijn opdracht niet intrekt, zal de gerechtsdeurwaarder zijn dienst moeten weigeren.⁶³

Naar mijn mening zou hierover meer duidelijkheid moeten worden gegeven in de Gerechtsdeurwaarderswet. Daarin zou beter een bepaling kunnen worden opgenomen, waarin is bepaald dat de gerechtsdeurwaarder verplicht is zijn dienst te weigeren indien dit noodzakelijk is ter bescherming van de belangen van de cliënt. Als voorwaarde hierbij zal dan wel moeten gelden dat ook de belangen van andere betrokken partijen niet worden geschaad.⁶⁴

6.3.2.3 Dienstweigeringsplicht advocaat

De advocaat heeft in beginsel geen ministerieplicht, waardoor hij veel meer vrijheid heeft om zijn dienst te weigeren. Uit de tuchtrechtspraak blijkt dat de advocaat een ruime beleidsvrijheid toekomt, mits hij de cliënt naar behoren informeert.⁶⁵ Ondanks deze ruime beleidsvrijheid heeft ook de advocaat onder omstandigheden een dienstweigeringsplicht in het belang van de cliënt. De advocaat mag namelijk geen diensten verlenen die tot gevolg (kunnen) hebben dat de belangen van de cliënt worden geschaad. Het belang van de cliënt is immers bepalend voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behandelen.⁶⁶ Onder andere de volgende omstandigheden kunnen aanleiding zijn tot een dienstweigeringsplicht in het belang van de cliënt:

- Het verlenen van de gevraagde dienst brengt mee dat de belangen van de cliënt worden blootgesteld aan onnodige risico's.⁶⁷ Hiervan is mijns inziens sprake wanneer de cliënt vraagt een procedure te beginnen, maar deze op voorhand kansloos is en daardoor alleen onnodige kosten voor de cliënt oplevert.⁶⁸ Ook is hiervan sprake wanneer de cliënt vraagt handelingen te verrichten die onjuist, onredelijk of zinloos zijn.⁶⁹ Hierbij dient de advocaat niet direct zijn dienst te weigeren, maar dient hij zijn cliënt eerst

63 Beschikking van 6 mei van de Kamer voor Gerechtsdeurwaarders te Amsterdam, nr. 279.2002.

64 In verband met zijn eigen verantwoordelijkheid en onpartijdigheid mag hij zich namelijk – evenals de notaris – niet uitsluitend laten leiden door het (partijdige) belang van zijn opdrachtgever; zie Beschikking van 5 juni 2005 van de Kamer voor Gerechtsdeurwaarders te Amsterdam, nr. 89.2005.

65 Zie onder meer HvD 11 november 1991, 1550, *Adv.bl.* 1992, p. 329; HvD 09 december 1991, 1591, *Adv.bl.* 1992, p. 467.

66 Gedragsregels voor Advocaten, regel 5; zie ook HvD 11 november 1991, 1550, *Adv.bl.* 1992, p. 329, waaruit blijkt dat de ruime beleidsvrijheid wordt begrensd door de belangen van de cliënt.

67 HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367 (De Ridder/Moskowitz; m.nt. C.J.H. Brunner); HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 809 (m.nt. C.J.H. Brunner); HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 134 (concl. A-G Biegman-Hartogh); HR 29 november 1991, *NJ* 1992, 808 (m.nt. C.J.H. Brunner); HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 460; HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 302; HR 2 februari 2007, *NJ* 2007, 92.

68 Vgl. HvD 8 januari 1990, 1244 (ongepubliceerd). Dit geldt ook voor de toegevoegde advocaat, die wel een ministerieplicht heeft; vgl. HvD 16 december 1991, 1562 (ongepubliceerd). Zie over deze uitspraken S. Boekman, *Advocatentuchtrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 60, waar deze kort worden besproken.

69 Vgl. HvD 19 augustus 1991, 1534, *Adv.bl.* 1992, p. 305; HvD 11 november 1991, 1550, *Adv.bl.* 1992, p. 329; HvD 2 december 1996, 2242, *Adv.bl.* 1997, p. 879.

te waarschuwen voor de betreffende risico's en hem ervan proberen te overtuigen dat het verlenen van de dienst niet in zijn belang is.⁷⁰

- De advocaat weigert aanwijzingen van de cliënt op te volgen, omdat de belangen van de cliënt op door hem verlangde wijze niet het beste worden gediend. Wanneer zij het niet eens worden over de wijze waarop de zaak moet worden behandeld, dient de advocaat zich terug te trekken.⁷¹ Een advocaat mag namelijk enerzijds wel weigeren aanwijzingen van de cliënt op te volgen, maar anderzijds mag hij geen handelingen verrichten tegen de 'kennelijke wil' van de cliënt.⁷²
- De advocaat treedt al op voor een tegenpartij of is vroeger voor deze tegenpartij opgetreden, hetgeen kan leiden tot belangenconflicten of de indruk dat de advocaat de belangen van zijn cliënt niet onbevangen kan verdedigen. De advocaat dient dit te allen tijde te vermijden.⁷³

6.3.3 Dienstweigeringsplicht versus autonomie van de cliënt

Ik concludeer dat de juridisch dienstverlener, indien mogelijk, eerst moet proberen de keuze van de cliënt in positieve zin te beïnvloeden door hem te waarschuwen. Wanneer dat niet leidt tot een beter inzicht in de mogelijke nadelige gevolgen en risico's, kan dit afhankelijk van de omstandigheden meebrengen dat hij zijn dienst moet weigeren. Dit heeft echter tot gevolg dat de cliënt zijn beslissingsvrijheid wordt ontnomen.

6.4 De dienstweigeringsplicht in rechtspsychologisch perspectief

6.4.1 Zorg voor de belangen van de cliënt en dienstweigeringsplicht

Hoewel de autonomie van beide partijen het uitgangspunt vormt, is er in het recht veel aandacht voor de bescherming van de belangen van de cliënt. Hiervoor *lijkt* dienstweigeringsplicht onder omstandigheden noodzakelijk. In hoeverre is deze vorm van paternalisme echter *daadwerkelijk* noodzakelijk ter bescherming van de belangen van de cliënt? Om antwoord te kunnen geven op deze vraag is het nodig inzicht te krijgen in de oorzaken van de onverstandige beslissing van de cliënt. Daarom zal ik, aan de hand van uitkomsten van psychologisch onderzoek, eerst dieper ingaan op diverse psychologische factoren en hun invloed op de beslissing van de cliënt. Vervolgens beoordeel ik op basis daarvan de noodzaak van dienstweigeringsplicht in het belang van de cliënt.

70 Zie onder meer HvD 11 maart 1991, 1474, *Adv.bl.* 1991, p. 642; HvD 9 juni 1997, 2360, *Adv.bl.* 1998, p. 320.

71 Gedragsregels voor Advocaten, regel 9 lid 2 en 3.

72 Gedragsregels voor Advocaten, regel 9 lid 1; HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 809 (m.nt. C.J.H. Brunner).

73 Zie onder meer HvD 12 februari 1990, 1345, *Adv.bl.* 1990, p. 584; HvD 4 november 1991, 1519, *Adv.bl.* 1992, p. 381; HvD 1 november 1999, 2815, *Adv.bl.* 2000, p. 633.

6.4.2 De beslissing van de cliënt in een psychologische context

Dat de cliënt opdracht geeft tot het verlenen van een dienst, waaraan voor hem juist nadelige gevolgen of risico's verbonden zijn, kan onder andere worden veroorzaakt door diverse psychologische factoren. Deze factoren zal ik onderverdelen in cognitieve beperkingen en geestelijke stoornissen.

6.4.2.1 Gevolgen van cognitieve beperkingen: heuristics en biases

In normatieve theorieën, zoals de '*rational choice theory*' en de '*expected utility theory*', wordt uitgegaan van de veronderstelling dat mensen rationele beslissingen nemen. Wanneer mensen weten wat hun preferenties zijn, alle informatie verzamelen en een afweging kunnen maken van alle voor- en nadelen, zouden zij volgens deze theorieën in autonomie de beslissing moeten kunnen nemen. Mensen zouden dan namelijk zelf het beste weten welk alternatief het meest aansluit op hun preferenties en daarom naar hun verwachting het meest optimale resultaat oplevert.⁷⁴ Dit komt echter niet overeen met de werkelijkheid, waarin mensen slechts beperkt rationele beslissingen nemen ('*bounded rationality*'). Dit is onder meer het gevolg van cognitieve beperkingen van ieder menselijk vermogen.⁷⁵ Daarom maken mensen, veelal onbewust, gebruik van heuristics (vuistregels of intuïties) om (vooral complexe) beoordelings- en beslissingsprocessen te vereenvoudigen. In veel gevallen is dit doelmatig en kan het tot verstandige beslissingen leiden. Dit kan echter ook biases (structurele denkfouten en cognitieve illusies of vertekeningen) tot gevolg hebben, waardoor mogelijk juist onverstandige beslissingen worden genomen.⁷⁶ Hieronder volgt een bespreking van een aantal relevante heuristics en biases. Daarbij komt aan de orde wat de invloed daarvan is op de informatieverwerking, de interpretatie van informatie, de inschatting van kansen en risico's en de uiteindelijke beoordeling en beslissing van de cliënt.

-
- 74 C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'Libertarian Paternalism Is Not an Oximoron', *The University of Chicago Law Review* (70) 2003, p. 1167; C. Guthrie, 'Law, Information, and Choice. Capitalizing on Heuristic Habits of Thought', in: G. Gigerenzer & C. Engle (red.), *Heuristics and the law*, Cambridge: MIT Press 2006, p. 427, beschikbaar op SSRN, <<http://ssrn.com/abstract=900133>>; S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, New York: McGraw-Hill 1993, p. 80-82; J. van der Pligt & E.C.M. van Schie, 'Beslissings- en beoordelingsprocessen', in: N.K. de Vries & J. van der Pligt (red.), *Cognitieve sociale psychologie*, Meppel: Boom 1991, p. 256-258.
- 75 R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *California Law Review* (88) 2000, p. 1069, 1075-1077.
- 76 N. Metaal & J. Jansz, *Psychologie de stand van zaken*, Lisse: Swets & Zeitlinger 1999, p. 202; J. van der Pligt & E.C.M. van Schie, 'Beslissings- en beoordelingsprocessen', in: N.K. de Vries & J. van der Pligt (red.), *Cognitieve sociale psychologie*, Meppel: Boom 1991, p. 256; I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 69.

6.4.2.1.1 *Heuristics en biases bij het verwerken en interpreteren van informatie*

Wanneer de juridisch dienstverlener alle relevante informatie aan de cliënt verstrekt betekent dat nog niet dat de cliënt deze informatie ook daadwerkelijk allemaal verzamelt, onthoudt en juist interpreteert. Persoonlijke omstandigheden van de cliënt, zoals zijn begripsvermogen, taalbeheersing en intelligentieniveau, kunnen hierbij een rol spelen. Daarnaast wordt niet alle informatie waargenomen en in het geheugen opgeslagen.⁷⁷ Bovendien heeft de cliënt doorgaans al (enige) kennis en/of bepaalde meningen of voorkeuren, zeker als hij in een conflictsituatie verkeert en zich om die reden tot de dienstverlener wendt. Die kennis en motivatie brengt meestal mee dat hij op selectieve wijze informatie verzamelt ('*selective perception*'), namelijk vooral die informatie die zijn mening of voorkeur bevestigt, en informatie zodanig interpreteert dat dit overeenkomt met zijn eigen opvatting. Andere informatie wordt daarbij genegeerd of ondergewaardeerd. Dit wordt de '*confirmation bias*' of '*self-serving bias*' genoemd.⁷⁸ Veronderstel dat de cliënt opdracht geeft aan de gerechtsdeurwaarder om een vonnis ten uitvoer te leggen. Hij wil daarmee bereiken dat zijn wederpartij de schadevergoeding daadwerkelijk betaalt. Ook meent hij dat zijn wederpartij dit bedrag wel kan betalen, maar dit gewoonweg weigert. Na enig onderzoek te hebben verricht, deelt de gerechtsdeurwaarder mee dat beslag kan worden gelegd op enkele roerende zaken en op de bankrekening van de wederpartij. Hij schat echter dat de executieopbrengst hiervan laag zal zijn, zelfs lager dan de executiekosten, waardoor beslaglegging waarschijnlijk tot onnodige kosten zal leiden. Bij de cliënt zal dan de neiging bestaan om vooral zijn aandacht te vestigen op de informatie over de mogelijkheden van beslaglegging en de informatie over de executieopbrengst en -kosten te negeren of anders te interpreteren. De cliënt is dus bij het verzamelen van informatie meer geneigd te zoeken naar bevestiging (verificatie of confirmatie) van de gestelde hypothese dan naar bevestiging van het tegendeel (falsificatie).⁷⁹

Daarnaast kan de cliënt informatie van waarde achten, terwijl deze in het geheel niet van invloed is op zijn beslissing (de '*information bias*').⁸⁰ Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de advocaat hem informeert met betrekking tot de in te stellen procedure en hij daarbij ook allerlei extra informatie geeft die niet relevant is voor de beslissing. Dit heeft tot gevolg dat onrelevante informatie in de beoordeling wordt betrokken, hetgeen een vertekend beeld kan opleveren en de beslissing onnodig gecompliceerd maakt.

77 Zie ook R.M. Shiffrin, 'Modeling memory and perception', *Cognitive Science* nr. 27, 2003, p. 344-347.

78 J. van der Pligt & E.C.M. van Schie, 'Beslissings- en beoordelingsprocessen', in: N.K. de Vries & J. van der Pligt (red.), *Cognitieve sociale psychologie*, Meppel: Boom 1991, p. 280-281; S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, New York: McGraw-Hill 1993, p. 17-18 en 21; R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *California Law Review* (88) 2000, p. 1093; G. Howells, 'The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information', *Journal of Law and Society* (32) 2005, p. 360.

79 Zie ook R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *California Law Review* (88) 2000, p. 1094.

80 J. Baron, *Thinking and Deciding*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 166-169.

6.4.2.1.2 *Heuristics en biases bij het inschatten van kansen en risico's*

Vaak moeten in de juridische dienstverlening beslissingen onder onzekerheid worden genomen. Er kan namelijk wel kennis bestaan over de kansen en risico's die aan het verlenen van de dienst verbonden *kunnen* zijn, maar of deze zich daadwerkelijk *zullen* verwezenlijken is onzeker. Daarvan kan 'slechts' een inschatting worden gemaakt. Het maken van een goede inschatting, die cruciaal is voor het nemen van een verstandige beslissing, kan als gevolg van biases worden belemmerd.

Uit onderzoek blijkt dat vooral kinderen en jongeren zich vaak niet realiseren dat de waarschijnlijkheid van de verschillende uitkomsten relevant is voor de beslissing die genomen moet worden. Dit kan zich ook voordoen bij volwassenen, hoewel waarschijnlijk in minder extreme vorm.⁸¹ De kans op een verkeerde inschatting is groot, wanneer de cliënt zich dit niet realiseert of om andere redenen nalaat de waarschijnlijkheid van verschillende mogelijke uitkomsten in overweging te nemen ('*neglect of probability*').

Ook wanneer de waarschijnlijkheid van de verschillende mogelijke uitkomsten wel in overweging genomen wordt, kan de cliënt de kansen en risico's verkeerd inschatten. Dit kan ten eerste worden veroorzaakt door de neiging om gebeurtenissen die gemakkelijker zijn voor te stellen, waarschijnlijker te achten ('*availability heuristic*'). Een gebeurtenis is gemakkelijk cognitief beschikbaar wanneer de cliënt hiervan meer voorbeelden kan herinneren of bedenken. De kans dat deze gebeurtenis zal plaatsvinden zal daardoor worden overschat.⁸² Een cliënt die een advocaat de opdracht geeft om een juridische procedure te beginnen kan de kans dat deze procedure zal slagen bijvoorbeeld overschatten wanneer hij (alleen) bekend is met gevallen waarin hijzelf of anderen een soortgelijke procedure hebben gewonnen. Iedere situatie verschilt van de ander, waardoor de vergelijking in veel gevallen mank gaat met als gevolg een verkeerde inschatting van de kansen in de procedure. Naast bekendheid met soortgelijke voorbeelden, is de levendigheid ('*vividness*') van de informatie en de wijze waarop de informatie wordt gepresenteerd ('*framing*')⁸³ van invloed op cognitieve beschikbaarheid van de informatie.⁸⁴ Veronderstel dat een advocaat zijn cliënt adviseert niet te gaan procederen, maar te proberen tot een schikking te komen. Volgens de advocaat is niet alleen de winstkans klein,

⁸¹ J. Baron, *Thinking and Deciding*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 140, 246-247.

⁸² A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases', *Science* (185) 1974, p. 1127-1128; J. van der Pligt & E.C.M. van Schie, 'Beslissings- en beoordelingsprocessen', in: N.K. de Vries & J. van der Pligt (red.), *Cognitieve sociale psychologie*, Meppel: Boom 1991, p. 274-175; J. Baron, *Thinking and Deciding*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 141.

⁸³ 'Framing' is niet alleen van invloed op de cognitieve beschikbaarheid van informatie, maar ook op de gehele beoordeling en beslissing van de cliënt; zie de volgende paragraaf 'Heuristics en biases bij de uiteindelijke beoordeling en beslissing'.

⁸⁴ S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, New York: McGraw-Hill 1993, p. 125-126; J. van der Pligt & E.C.M. van Schie, 'Beslissings- en beoordelingsprocessen', in: N.K. de Vries & J. van der Pligt (red.), *Cognitieve sociale psychologie*, Meppel: Boom 1991, p. 276-278.

maar zal de rechter waarschijnlijk ook, gezien de relevante jurisprudentie, een vrij lage schadevergoeding toekennen. Een vriend van de cliënt had onlangs breedvoerig en tot in details verteld over zijn ervaringen met schikkingsonderhandelingen. Zijn wederpartij probeerde de schuld steeds meer bij hem te leggen en uiteindelijk is voor slechts € 7.000 geschikt, terwijl de werkelijke schade € 20.000 was. Deze vriend raadde hem daarom juist aan een procedure te beginnen. Welk risico zal de cliënt in dit voorbeeld waarschijnlijker achten en daardoor mogelijk overschatten? Het risico dat de schikkingsonderhandelingen op niets uitlopen of slechts een lage schadevergoeding wordt bereikt? Of het risico dat de procedure wordt verloren of de rechter een laag bedrag toewijst? De advocaat presenteert de informatie op zodanige wijze dat slechts de nadruk wordt gelegd op één mogelijke uitkomst. Hij wijst niet op de voordelen van een procedure en evenmin op de nadelen en risico's van schikkingsonderhandelingen. De risico's van een procedure vallen daardoor meer op. Doordat deze informatie beter wordt onthouden en met meer gemak is terug te halen in het geheugen, lijken deze risico's waarschijnlijker. Hetzelfde geldt voor de informatie die de vriend geeft. Ook hij belicht slechts één kant van de medaille. De door hem genoemde risico's van schikkingsonderhandelingen lijken echter nog waarschijnlijker. Deze informatie is vanwege de details en concrete bedragen namelijk levendiger en daardoor nog beter voor te stellen.

Ten tweede kan de cliënt een verkeerde inschatting van kansen en risico's maken als gevolg van onrealistisch optimisme, hetgeen juist leidt tot het onderschatten van risico's. Mensen blijken vooral individuele risico's te onderschatten, aangezien deze doorgaans meer beheersbaar lijken en vrijwillig worden genomen. Dit onrealistisch optimisme (ook wel '*overconfidence bias*' of '*overoptimism bias*' genoemd) heeft tot gevolg dat de cliënt zal denken dat de nadelige gevolgen of risico's van de dienstverlening zich eerder bij een ander zullen verwezenlijken. Doordat hij meent de risico's te kunnen beheersen en vermijden, denkt hij minder risico's te lopen dan anderen. Hij acht het daardoor waarschijnlijker dat hem juist eerder positieve gebeurtenissen zal overkomen.⁸⁵ Enkele oorzaken hiervan zijn dat hij alleen kijkt naar wat hij zelf doet om de risico's te reduceren of dat hij uitgaat van een vooroordeel over de ander, namelijk dat de ander minder preventieve maatregelen zal treffen of juist door zijn gedrag de risico's vergroot.⁸⁶ Zo kan de cliënt zijn winstkans in de procedure groter inschatten, omdat hij meent dat hij zijn standpunt met meer bewijs kan onderbouwen en zijn kant van het verhaal veel overtuigender zal overkomen dan dat van zijn wederpartij. Ook kan een partij bij het verlijden van een akte menen dat hij de aan de rechtshandeling verbonden risico's voldoende (en zelfs

85 Dit blijkt onder meer uit onderzoeken die zijn verricht door Weinstein. Bij één van zijn onderzoeken legde hij aan studenten een aantal gebeurtenissen voor en vroeg hen om in te schatten of deze gebeurtenissen eerder bij andere klasgenoten of juist eerder bij henzelf zouden plaatsvinden. Zij gaven bij 15 van de 18 positieve gebeurtenissen aan dat deze eerder henzelf zal overkomen dan de gemiddelde klasgenoot. Bij 21 van de 23 negatieve gebeurtenissen meenden zij juist dat de kans dat die hen zou overkomen (veel) kleiner is dan bij de gemiddelde klasgenoot; zie N.D. Weinstein, 'Unrealistic Optimism About Future Live Events', *Journal of Personality and Social Psychology* nr. 39, 1980, p. 810.

86 J. van der Pligt & E.C.M. van Schie, 'Beslissings- en beoordelingsprocessen', in: N.K. de Vries & J. van der Pligt (red.), *Cognitieve sociale psychologie*, Meppel: Boom 1991, p. 267-270; R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *California Law Review* (88) 2000, p. 1091-1093.

beter dan zijn wederpartij) beseft en daardoor in staat is deze zo goed als mogelijk te vermijden. Wanneer deze opvattingen voortvloeien uit onrealistisch optimisme, kan dit leiden tot verkeerde risico-inschattingen. Dit moet enigszins worden genuanceerd. Uit recent onderzoek blijkt namelijk dat mensen bij moeilijke taken, waarvoor bepaalde vaardigheden nodig zijn, denken dat zij daar minder goed in zijn dan de gemiddelde mens. Dit is juist een vorm van ‘*underconfidence*’ of ‘*underoptimism*’.⁸⁷ Ik meen evenwel dat dit in de juridische dienstverlening geen grote rol speelt, aangezien de cliënt ‘slechts’ de opdracht geeft en de juridisch dienstverlener de dienst verleent. Wanneer de cliënt zijn eigen bekwaamheid onderschat, kan hij nog wel onrealistische verwachtingen hebben van de bekwaamheid van de juridisch dienstverlener.

Ten derde kan een verkeerde inschatting van kansen en risico’s (mede) het gevolg zijn van de hiervoor besproken ‘*confirmation bias*’. Ook bij het inschatten van de waarschijnlijkheid van de verschillende mogelijke uitkomsten is men geneigd deze meer in het voordeel van zichzelf uit te laten vallen. Dit blijkt onder meer uit een Amerikaans onderzoek dat is uitgevoerd door Loewenstein. Daarbij moesten de proefpersonen, na het lezen van het dossier, een schatting geven van de schadevergoeding die de rechter zou toewijzen aan de eiser. Degenen die de rol van eiser innamen bleken dit bedrag hoger te schatten (gemiddeld \$ 39.000) dan het in werkelijkheid door de rechter toegewezen bedrag (\$ 31.000), terwijl degenen die als gedaagde fungeerden juist een veel lager bedrag noemden (gemiddeld \$ 24.000).⁸⁸

6.4.2.1.3 *Heuristics en biases bij de beoordeling en beslissing*

Bij het nemen van beslissingen onder onzekerheid maken mensen gebruik van de ‘*reference point heuristic*’. Dit betekent dat zij de verschillende alternatieven niet alleen beoordelen op basis van de verwachte waarde daarvan (zoals de normatieve theorieën veronderstellen), maar ook op basis van de mate waarin deze alternatieven afwijken van een bepaald referentiepunt.⁸⁹ De alternatieven worden dan gezien als ‘winsten’ (‘*gains*’) of ‘verliezen’ (‘*losses*’) ten opzichte van dit referentiepunt. Dit heeft invloed op de voorkeuren van mensen en op hun uiteindelijke beslissing. Uit onderzoek (dat onder meer is verricht door Kahneman en Tversky) blijkt dat mensen geneigd zijn risico’s te vermijden (‘*risk-averse*’), wanneer zij moeten kiezen tussen ‘winsten’. Dan hebben zij de voorkeur voor een kleinere winst en meer zekerheid boven een grotere winst en minder zekerheid. Het omgekeerde is het geval wanneer gekozen moet worden tussen ‘verlie-

87 D.A. Moore & D.M. Cain, ‘Overconfidence and underconfidence: When and why people underestimate (and overestimate) the competition’, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* (103) 2007, p. 197-208.

88 G. Loewenstein e.a., ‘Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining’, *The Journal of Legal Studies* (22) 1993, p. 159. Zie ook J. ten Kate & P.J. van Koppen, ‘Schikken of niet?’, in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Het Recht van Binnen. Psychologie van het Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 47.

89 D. Kahneman, ‘Reference Points, Anchors, Norms, and Mixed Feelings’, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* (51) 1992, p. 296; R. Korobkin & C. Guthrie, ‘Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach’, *Michigan Law Review* (93) 1994, p. 129; J. Baron, *Thinking and Deciding*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 255.

zen' ('*risk-seeking*'): dan zijn zij juist geneigd om meer risico's te nemen en hebben zij de voorkeur voor een mogelijk groter verlies en minder zekerheid boven een kleiner verlies en meer zekerheid.⁹⁰ Deze bias wordt '*loss aversion*' genoemd. Afhankelijk van hoe de verschillende uitkomsten worden gepresenteerd (als winsten of als verliezen ten opzichte van het referentiepunt), kan dit in exact dezelfde situatie tot tegenstrijdige beslissingen leiden, respectievelijk tot een risicomijdende en een risicozoekende beslissing ('*framing effect*').⁹¹

Wat zegt dit over de beslissing van de cliënt in de juridische dienstverlening? Dit zal ik illustreren aan de hand van een voorbeeld: de cliënt heeft € 30.000 schade geleden en benadert een advocaat om deze schade te verhalen op zijn wederpartij. De advocaat legt aan zijn cliënt de keuze voor tussen schikken of procederen. Hij kan deze alternatieven formuleren als 'winsten' ('*gain-frame*') of als 'verliezen' ('*loss-frame*') ten opzichte van een bepaald referentiepunt, bijvoorbeeld:

Als winst ten opzichte de huidige situatie (schade van € 30.000):

- a. Schikken: zekere winst van € 12.000.
- b. procederen: kans van 40% op vergoeding van de volledige schade. Mogelijke winst van € 20.000 (€ 30.000 – € 10.000 proceskosten).

Of als verlies ten opzichte van de gewenste situatie (vergoeding van € 30.000):

- a. schikken: zeker verlies van € 18.000;
- b. procederen: kans van 60% op verlies van de procedure. Verlies van € 10.000 proceskosten.

Bij de '*gain-frame*' zal de cliënt eerder kiezen voor alternatief A dan voor alternatief B, terwijl bij de '*loss-frame*' eerder het omgekeerde het geval is. Het gevaar van een risicovollere, en daarmee mogelijk een onverstandige, beslissing bestaat derhalve vooral wanneer de uitkomsten als 'verliezen' worden gepresenteerd.⁹²

90 Dit is een belangrijk inzicht dat voortvloeit uit de 'Prospect Theory', die is ontwikkeld door Kahneman en Tversky; zie D. Kahneman & A. Tversky, 'Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk', *Econometrica* (47) 1979, p. 263, 268-269. Zie hierover ook J.J. Racklinski, 'Gains, Losses, and the Psychology of Litigation', *Southern California Law Review* (70) 1996, p. 119.

91 D. Kahneman, 'Reference Points, Anchors, Norms, and Mixed Feelings', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* (51) 1992, p. 305; R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *California Law Review* 2000, nr. 88, p. 1104.

92 Bij een onderzoek, dat is uitgevoerd door Tversky en Kahneman, werden aan twee groepen proefpersonen op vergelijkbare wijze als in dit voorbeeld twee alternatieven voorgelegd (in groep 1 in een '*gain-frame*' en in groep 2 in een '*loss-frame*'). Daaruit bleek dat in groep 1 de ruime meerderheid (72%) risicomijdend was (zij kozen voor het alternatief met een kleinere 'winst' en meer zekerheid). In groep 2 bleek de ruime meerderheid (78%) juist meer risico te nemen (zij kozen voor het alternatief met een mogelijk groter verlies en minder zekerheid); zie A. Tversky & D. Kahneman, 'Rational Choice and the Framing of Decisions', *Journal of Business* (59) 1986, p. 260.

Het 'framing-effect' is met name besproken en onderzocht met betrekking tot de beslissingen in de context van procesvoering en schikkingsonderhandelingen.⁹³ Ook de beslissing van cliënten in een andere context kunnen mijns inziens hierdoor worden beïnvloed. Het gaat namelijk niet alleen om winst en verlies in letterlijke zin, maar ook om voordelen en nadelen. Denk bijvoorbeeld aan het direct executeren van een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Daarbij bestaat enerzijds een grote kans of zekerheid dat de huidige situatie ongedaan wordt gemaakt (bijvoorbeeld door een ontzuiming) en anderzijds het risico dat het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd en aan de wederpartij een schadevergoeding moet worden betaald. Wanneer de voordelen van wel en niet direct executeren tegenover elkaar worden geplaatst, kan dit mijns inziens tot een andere beslissing leiden dan wanneer de nadelen van beide mogelijkheden worden benadrukt.

6.4.2.2 Gevolgen van geestelijke stoornissen

Cognitieve beperkingen hebben tot gevolg dat de cliënt, vaak onbewust, beslissingen neemt die niet (geheel) rationeel te verklaren zijn. Daardoor neemt hij niet altijd een verstandige beslissing. Geestelijke stoornissen kunnen verstrekkender gevolgen hebben, namelijk dat de cliënt onbekwaam is om zijn wil te bepalen en daardoor mogelijk een extreem irrationele beslissing neemt. Aangezien geestelijke stoornissen minder vaak voorkomen dan de 'gewone' cognitieve beperkingen, zal ik hieraan slechts kort aandacht besteden aan de hand van enkele voorbeelden.

Wilsonbekwaamheid kan bijvoorbeeld veroorzaakt worden door bepaalde persoonlijkheidsstoornissen of stemmingsstoornissen, zoals de borderline persoonlijkheidsstoornis en manische depressiviteit. Deze stoornissen leiden vaak tot impulsief gedrag en, in geval van een manie, ook tot onhaalbare en onverstandige plannen waarbij de realiteit uit het oog verloren wordt.⁹⁴ Dit kan tot gevolg hebben dat de cliënt op het moment van de beslissing niet kan bepalen wat hij daadwerkelijk wil en geen besef heeft van de mogelijke (ernstige) gevolgen van zijn beslissing.

Dementie is mijns inziens een belangrijker en vaker voorkomende oorzaak van wilsonbekwaamheid. Dementie leidt tot denk- en begripsstoornissen en geheugenverlies. Wanneer de cliënt hieraan lijdt, wordt het voor hem steeds moeilijker om logisch na te denken, complexe situaties te beoordelen en risico's in te schatten, waardoor hij niet (goed) meer in staat is zelfstandig bepaalde beslissingen te nemen. Daarbij bestaat ook het gevaar dat anderen hiervan misbruik maken. Denk bijvoorbeeld aan een ernstig

93 R. Korobkin & C. Guthrie, 'Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach', *Michigan Law Review* (93) 1994, p. 130-136; J.J. Racklinski, 'Gains, Losses, and the Psychology of Litigation', *Southern California Law Review* (70) 1996, p. 119; J. ten Kate & P.J. van Koppen, 'Schikken of niet?', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Het Recht van Binnen. Psychologie van het Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 49-52; P.J. van Koppen & J. ten Kate, 'Procederen of niet?', in: P.J. van Koppen & H.F.M. Crombag (red.), *De menselijke factor. Psychologie voor juristen*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 73-74.

94 H. van der Molen, S. Perreijn & M. van den Hout, *Klinische psychologie. Theorieën en psychopathologie*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2007, p. 555-557 en 977-979.

dementerende bejaarde vrouw die op aandringen van haar huishoudster in een testament laat vastleggen dat zij haar gehele erfenis aan deze huishoudster nalaat.⁹⁵

6.4.3 Dienstweigerings als noodzakelijk paternalisme?

Duidelijk is dat verschillende factoren in het gehele proces vanaf het ontvangen van informatie tot aan de uiteindelijke beslissing ertoe kunnen leiden dat de cliënt, ondanks de nadelige gevolgen of risico's daarvan, toch opdracht geeft de dienst te verlenen. Vanwege de invloed van deze factoren zal een waarschuwing lang niet altijd door de cliënt in acht worden genomen. Dit komt overeen met hetgeen in de rechtspsychologische literatuur wordt geconcludeerd ten aanzien van de effectiviteit van waarschuwingen op producten.⁹⁶ Onderstrep de in de vorige paragraaf beschreven rechtspsychologische inzichten dan de noodzaak van dienstweigerings in het belang van de cliënt? Naar mijn mening blijkt hieruit juist dat het in veel gevallen niet tot dienstweigerings hoeft te komen. Hiervoor heb ik twee argumenten.

Ten eerste blijkt dat de onverstandige beslissing van de cliënt juist (mede) het gevolg kan zijn van het handelen van de juridisch dienstverlener. De wijze waarop hij de cliënt informeert en waarschuwt en welke informatie en waarschuwingen hij geeft zijn van invloed op het beoordelings- en beslissingsproces van de cliënt. De juridisch dienstverlener kan de cliënt overspoelen met informatie, terwijl dit de beslissing onnodig gecompliceerd maakt en de cliënt toch slechts een deel van de voor hem beschikbare informatie verzamelt en gebruikt bij het nemen van de beslissing. De wijze waarop hij de cliënt waarschuwt beïnvloedt de wijze waarop de cliënt kansen en risico's inschat. Wanneer daarbij slechts één kant van de medaille wordt belicht, vallen andere risico's minder op en kunnen deze door de cliënt worden onderschat. De risico's waarvoor de juridisch dienstverlener waarschuwt kunnen ook worden onderschat, wanneer hij de cliënt daarover op zodanige wijze informeert dat deze risico's voor de cliënt niet goed zijn voor te stellen. Ook wanneer hij de cliënt wel wijst op de uitkomsten van de verschillende alternatieven, kan de wijze waarop hij dit presenteert ertoe leiden dat de cliënt een verkeerde beoordeling maakt en kiest voor een meer risicovol alternatief. Uit dit alles blijkt mijns inziens dat de juridisch dienstverlener de invloed van bepaalde biases kan voorkomen of beperken door zich ervan bewust te zijn dat hij (mede) oorzaak

95 Zie nader Braun in haar bijdrage aan deze bundel.

96 Vgl. S.B. Pape, 'Productwaarschuwingen: psychologische lessen voor de jurist', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 245-266, 270-271 en 275-276; K.R. Laughery, 'Safety Communications: Warnings', *Applied Ergonomics* (37) 2006, p. 467-478; W.A. Rogers e.a., 'Warning Research: An Integrative Perspective', *Human Factors* (42) 2000, p. 102-139, waarin – kort gezegd – wordt geconcludeerd dat de effectiviteit van een productwaarschuwing beperkt is, aangezien vele factoren ertoe kunnen leiden dat de gebruiker van het product de waarschuwing niet opvolgt.

kan zijn van een onverstandige beslissing van de cliënt en dit proberen te vermijden of voorkomen.⁹⁷

Ten tweede blijkt dat het van groot belang is voor het maken van een verstandige beslissing dat de cliënt zelf in zekere mate bewust wordt van de consequenties van de beslissing die hij wil nemen. Daarbij is het vooral van belang dat hij een objectief beeld krijgt van de voor- en nadelen en/of kansen en risico's van verschillende alternatieven.

Vanuit deze wetenschap kan daarom naar mijn mening worden geconcludeerd dat dienstweigering in veel gevallen niet noodzakelijk is. Hierin ligt mijns inziens meer een aansporing om de cliënt op minder ingrijpende wijze te beschermen, door meer gericht te zijn op het waarborgen van de autonomie van de cliënt: enerzijds door meer bewustwording van de invloed van zijn eigen handelen en anderzijds door de cliënt zelf meer bewust te laten worden van met name de nadelige gevolgen en risico's. Daarvoor is het mijns inziens nodig om de cliënt door middel van het stellen van gerichte en open vragen zelf aan het denken te zetten en hem daarbij te sturen. Daarbij is het van belang om aan de cliënt te vragen zelf een inschatting te maken van de aan de dienst verbonden gevolgen en risico's en te vertellen wat zijn motivatie is voor de beslissing die hij wil nemen. Om te controleren of de cliënt daadwerkelijk een juiste inschatting maakt, zou hij de cliënt ook kunnen vragen om in eigen woorden na te vertellen wat hij gezegd heeft over de inhoud en de gevolgen van de betreffende dienst. Op deze wijze kan de beslissingsvrijheid van de cliënt zo veel mogelijk behouden blijven.

Dienstweigering blijkt wel noodzakelijk te zijn voor die gevallen, waarin de beslissing van de cliënt ook op deze wijze niet in positieve zin kan worden beïnvloed, zoals in geval van wilsonbekwaamheid. Ook zijn niet alle biases te vermijden, aangezien deze ondanks de zorgvuldigheid van de juridisch dienstverlener hardnekkig kunnen blijven bestaan. Tevens kunnen de beslissingen van de juridisch dienstverlener zelf beïnvloed worden door cognitieve beperkingen.⁹⁸

97 Vgl. voor een vergelijkbare opvatting C. Guthrie, 'Law, Information, and Choice. Capitalizing on Heuristic Habits of Thought', in: G. Gigerenzer & C. Engle (eds.), *Heuristics and the law*, Cambridge: MIT Press 2006, p. 435, beschikbaar op SSRN, <<http://ssrn.com/abstract=900133>>, waar hij aangeeft dat wetgevers aandacht zouden moeten schenken aan de wijze waarop informatie wordt gepresenteerd. Hij meent dat zij daarbij rekening dienen te houden met de manier waarop mensen informatie verwerken en op basis daarvan tot een beslissing komen.

98 Zo blijken bijvoorbeeld ook advocaten hun kansen in een zaak te overschatten; zie M. Malsch, 'De uitkomst van de zaak voorspellen', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Het Recht van Binnen. Psychologie van het Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 791. Vanwege zijn deskundigheid en ervaring is hij naar mijn idee echter wel beter in staat biases te vermijden. In tegenstelling tot de meeste cliënten is de juridisch dienstverlener een 'repeat player'; hij maakt vaker dergelijke beoordelingen en beslissingen en is daarom beter in staat te leren van zijn 'fouten'. Zie ook P.J. van Koppen & J. ten Kate, 'Procederen of niet?', in: P.J. van Koppen & H.F.M. Crombag (red.), *De menselijke factor. Psychologie voor juristen*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 77. Ook is de beoordeling voor hem veelal minder complex dan voor de cliënt, aangezien hij meer kennis heeft van de betreffende complexe juridische diensten; zie ook J. Baron, *Thinking and Deciding*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 130.

6.5 Conclusie

In de rechtsverhouding tussen de juridisch dienstverlener en de cliënt is de autonomie van partijen het uitgangspunt. Aangezien de cliënt doorgaans over veel minder deskundigheid beschikt dan de juridisch dienstverlener, dient de juridisch dienstverlener als een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot zorg te dragen voor de belangen van de cliënt. Dit kan er in resulteren dat hij de cliënt tegen zichzelf (of tegen een ander) dient te beschermen en daarbij de plicht heeft zijn dienst te weigeren.

Dienstweigerings in het belang van de cliënt is een uiterst paternalistische maatregel. Dienstweigerings heeft immers tot gevolg dat de cliënt zijn beslissingsvrijheid wordt ontnomen. In deze bijdrage heb ik daarom eerst proberen weer te geven wanneer de juridisch dienstverlener hiertoe verplicht is. Hierop is in algemene zin geen eenduidig antwoord te geven, aangezien het bestaan van een dienstweigeringsplicht afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Ook kunnen specifieke verplichtingen, met name de ministerieplicht, tot verschillende uitkomsten leiden. Duidelijk is wel dat dienstweigerings gezien wordt als *ultimum remedium*; wanneer hetzelfde effect zou kunnen worden bereikt door middel van een waarschuwing, moet eerst op deze wijze worden geprobeerd de beslissing van de cliënt te beïnvloeden.

Vervolgens heb ik vanuit rechtspsychologisch perspectief vraagtekens geplaatst bij de werkelijke noodzaak van dienstweigerings in het belang van de cliënt. Hierbij is gebleken dat de psychologie belangrijke inzichten biedt met betrekking tot het beoordelings- en beslissingsproces van de cliënt; zowel cognitieve beperkingen als geestelijke stoornissen kunnen de beslissing van de cliënt in negatieve zin beïnvloeden. Dit kan er toe leiden dat de cliënt opdracht geeft tot het verlenen van een dienst, waaraan voor hem nadelige gevolgen of risico's verbonden zijn, terwijl hij zich hiervan niet of onvoldoende bewust is. Uit deze inzichten blijkt mijns inziens dat dienstweigerings in veel gevallen niet noodzakelijk is. In veel gevallen kan de juridisch dienstverlener vermijden dat hij uiteindelijk zijn dienst zou moeten weigeren: enerzijds door zich ervan bewust te zijn dat de onverstandige beslissing van de cliënt juist (mede) het gevolg kan zijn van zijn eigen handelen en anderzijds door de beslissing van de cliënt zo veel mogelijk in positieve zin proberen te beïnvloeden. Dienstweigerings is alleen noodzakelijk wanneer ook op deze wijze niet het gewenste effect kan worden bereikt.

Op basis hiervan kom ik tot de conclusie dat de dienstweigeringsplicht minder essentieel is voor het betrachten van de vereiste zorg voor de belangen van de cliënt dan deze op grond van het recht lijkt te zijn. De belangen van de cliënt kunnen juist beter beschermd worden wanneer de cliënt zo veel mogelijk in staat wordt gesteld zelf keuzes te maken die in zijn belang zijn. Dan wordt de cliënt beschermd, terwijl tevens zijn autonomie wordt gewaarborgd.

VII De verhouding tussen anticipatie en zelfbescherming bij gevaarzetting

Jelena Behić

Bij gevaarzetting wordt gezocht naar een balans tussen zorg en verwachte risico's, die overeenkomt met de balans tussen de vrijheid van handelen van de gevaarzetter en de bescherming van de belangen van het slachtoffer. In deze bijdrage staat de vraag centraal of de zorgplicht van de gevaarzetter nog in een redelijke verhouding staat tot de eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer. De introductie van verschillende risico-aansprakelijkheden, het belang van de toepassing van verkeers- en veiligheidsnormen en de eisen die gelden ten aanzien van de anticipatieplicht en de effectieve zorg wijzen op een verzwaring van de zorgplicht. De eis van effectieve zorg brengt een zekere normhiërarchie met zich. Wat partijen van elkaar kunnen verwachten wat voorzorg en voorzichtigheid betreft, hangt verder van hun onderlinge relatie af. Deze koers van meer slachtofferbescherming wijst echter niet op doorgeschoten paternalisme, maar sluit aan bij het inzicht uit de psychologie en behavioral law and economics, dat aspecten als risicoperceptie en risicobeoordeling door het individu problematisch kunnen zijn. Het is de vraag of het doel van preventie haalbaar is gezien de cognitieve beperkingen van het slachtoffer. Meer bescherming bij letselschade kan gerechtvaardigd zijn. In dit kader wordt bijzonder gewicht toegekend aan het feit dat de gevaarzetter een professionele partij is. Een aandachtspunt is echter het gebruik van open normen om enerzijds de reikwijdte van de zorgplicht van de gevaarzetter, en anderzijds de omvang van eigen verantwoordelijkheid vast te stellen. De voorspelbaarheid van het resultaat laat te wensen over. De verhouding van de anticipatieplicht ten opzichte van andere positieve zorgplichten is onduidelijk. Dit kan echter worden verduidelijkt als bij bedrijfsaansprakelijkheid wordt aanvaard dat andere eisen aan de professionele gevaarzetter mogen worden gesteld. Het eigen schuldverweer mag niet te zeer ingrijpen in de aansprakelijkheid, aangezien bij het formuleren van de anticipatieplicht de fout van het slachtoffer al is verdisconteerd. Een concretisering en verdere ontwikkeling van de gedragsnormen die aan partijen kunnen worden opgelegd is wenselijk.

7.1 Inleiding

Naar aanleiding van de omvangrijke gevaarzettingjurisprudentie van de Hoge Raad is discussie ontstaan over de mate van vereiste zorg in onze risicomaatschappij.¹ In het leerstuk van gevaarzetting wordt nadere invulling gegeven aan de in acht te nemen

¹ Vgl. C.H. Sieburgh, 'Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000', *WPNR* 2001, p. 580-594; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 141 e.v.; T. Hartlief, 'Waar draait het om in het aansprakelijkheidsrecht', *Ars Aequi* 2007, p. 115-117.

zorgvuldigheidsnorm voor gevallen waarin er sprake is van schade ten gevolge van een verhoogd risico. Hier vindt een afweging van zogenaamde ‘Kelderluikfactoren’² plaats, waarbij naar een balans tussen zorg en verwachte risico gezocht wordt: hoe groter het risico, hoe meer zorg er betracht moet worden. Deze balans tussen zorg en risico komt overeen met de balans tussen de vrijheid van handelen van de gevaarzetters en de bescherming van de belangen van het slachtoffer.³ Het gevaarzettingsvraagstuk roept daarom de vraag op wat voorrang heeft: eigen verantwoordelijkheid of zorgplicht, vrijheid van handelen of bescherming van belangen van anderen.

Dit brengt mij tot de hoofdvraag in deze bijdrage, namelijk of de zorgplicht van de gevaarzetters nog in redelijke verhouding staat tot de eigen verantwoordelijkheid van het potentiële slachtoffer, of dat de zorgplicht inmiddels te ver is doorgeschoten in de richting van paternalisme. Het zal hier vooral gaan om de onderlinge verhouding en de reikwijdte van enerzijds de anticipatieplicht van de gevaarzetters en anderzijds de zelfbeschermingsplicht van het slachtoffer. De anticipatieplicht vloeit voort uit het leerstuk van gevaarstelling en houdt in dat de gevaarzetters onder omstandigheden verplicht is om rekening te houden met het onvoorzichtige en onoplettende slachtoffer. Zo moet bij verkeersaansprakelijkheid rekening worden gehouden met voorzienbare fouten van de medeweggebruikers,⁴ bij productaansprakelijkheid moet rekening worden gehouden met het feit dat de consument bij het hanteren van het product niet steeds alle voorzorgsmaatregelen in acht zal nemen⁵ en bij werkgeversaansprakelijkheid moet de werkgever rekening houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met machines de gebruiker daarvan ertoe zal bewegen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen.⁶ De zelfbeschermingsplicht van het slachtoffer hangt nauw samen met het uitgangspunt in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht dat een ieder zijn eigen schade draagt.⁷

Het hoofdstuk is als volgt ingedeeld. In § 2 wordt de ontwikkeling van positieve zorgplichten beschreven. Vervolgens wordt in § 3 en § 4 gekeken naar de plaats van de anticipatieplicht ten opzichte van verdergaande plichten, zoals actief ingrijpen in een gevaarlijke situatie en minder vergaande plichten, zoals waarschuwen. In § 5 wordt de toegevoegde waarde van de rechtspsychologische invalshoek met betrekking tot het effectiviteitsvraagstuk belicht. In § 6 zal worden bezien of er nog voldoende ruimte bestaat voor eigen verantwoordelijkheid. Ten slotte wordt in § 7 een analyse van de hoofdvraag gegeven met de visie van de auteur op de gewenste verhouding tussen de zorgplicht van

2 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik).

3 Vgl. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1; K. Larenz & C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band 2. Besonderer Teil. Halbband 2*, München: Beck 1994, p. 350-351; W.L. Prosser & W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the law of torts*, St. Paul, Min.: West 1984, p. 169-173.

4 HR 26 maart 1971, NJ 1971, 262, m.nt. CJS.

5 HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 (Lekkende kruik).

6 HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst); HR 29 april 1983, NJ 1984, 19 (De Vries/Kuyt).

7 T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade. Enige opmerkingen over de fundamente van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 24; A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Zwolle: Tjeenk Willink 2006, nr. 12-13.

de gevaarzetters en eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer. Hier zal de relevantie blijken van de volgende aspecten: de specifieke relatie tussen de gevaarzetters en het slachtoffer, het gewicht dat dient te worden toegekend aan het feit dat de gevaarzetters een professionele partij is en de problemen die rijzen ten aanzien van het doel van preventie in verband met de cognitieve beperkingen van het slachtoffer.

Naast literatuur en jurisprudentie zal hetgeen in deze bijdrage volgt, worden gebaseerd op rechtsvergelijkend onderzoek. De relevante ervaringen in het buitenland die in de hier geschetste discussie meegewogen kunnen worden, bieden zekere reflectie op de onderzoeksvraag voor het Nederlandse recht. Verder zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan de rechtspsychologische invalshoek met betrekking tot het effectiviteitsvraagstuk. Gezien de beperkte ruimte waarover ik in dit onderzoek beschik, wil ik mijn bijdrage baseren op de gevallen waarin letselschade ontstaat in de verhouding tussen de professionele gevaarzetters en het individuele slachtoffer. Hoewel het voor een totaalbeeld zeker interessant zou zijn, zal ik dus verder niet stilstaan bij de bijzondere categorie gevaarzetting voor de gevallen van ongelukkige samenloop van omstandigheden en aansprakelijkheid in de privésfeer.

7.2 Ontwikkeling van positieve zorgplichten

7.2.1 Inleiding

Voorzorgsmaatregelen bij gevaarzetting impliceren niet alleen dat iemand zich van een gevaarlijke activiteit moet onthouden, bijvoorbeeld in het geval van te snel rijden, maar ook dat hij een actieve plicht heeft om iets te doen, bijvoorbeeld te waarschuwen. Het is soms echter moeilijk om onderscheid te maken tussen handelen en nalaten. Nalaten kan ook plaatsvinden als onderdeel van een activiteit. Bij zuiver nalaten, dat wil zeggen buiten een activiteit om, is het nalaten gerelateerd aan risico's die niet door de aansprakelijk gestelde, maar door een ander in het leven zijn geroepen. Dit kan het uiteindelijke slachtoffer zijn, een derde waarvoor de gedaagde kwalitatief aansprakelijk is, door de natuur of door een eigenschap van de zaak. Het opleggen van een plicht tot actief handelen betekent in het algemeen een grotere inbreuk op iemands vrijheid van handelen dan een plicht tot nalaten tijdens het uitvoeren van een andere activiteit. Aansprakelijkheid voor nalaten is van belang omdat het – zoals in § 2.2 en § 6.1 zal blijken – ten grondslag ligt aan het onderscheid tussen de verantwoordelijkheid van de gevaarzetters en het slachtoffer.

7.2.2 Nederlandse situatie

In de Nederlandse gevaarzettingjurisprudentie zijn talloze voorbeelden te vinden van gevallen waarin een positieve zorgplicht werd aangenomen. Deze problematiek stond ook centraal in het arrest *de struikelende broodbezorger*.⁸ Het ging hier concreet om de vraag of de kinderen Heddema de broodbezorger hadden moeten waarschuwen voor de aanwezigheid van het touwtje, waarover hij uiteindelijk struikelde. Dit touwtje was op

⁸ HR 22 november 1874, NJ 1975, 149, m.nt. GJS (Heddema/De Coninck).

enkele centimeters hoogte boven het pad naar de voordeur van de woning van de familie Heddema gespannen. Feitelijk stond het in cassatie vast dat de kinderen het touwtje niet zelf hadden gespannen. Volgens de Hoge Raad bestond in dit geval geen rechtsplicht om een waargenomen gevaarsituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk was, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen. Dit zou slechts anders zijn indien de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet.

De Hoge Raad maakt aldus een onderscheid tussen de gevallen waarin sprake is van een bijzondere relatie met het slachtoffer of met de plaats waar het gevaar zich heeft verwezenlijkt, waardoor op iemand een bijzondere zorgplicht komt te rusten en de gevallen waarin hiervan geen sprake is. Bij de eerste groep gevallen kan een verplichting om te handelen, dat wil zeggen om de waargenomen gevaarsituatie op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen, worden aangenomen, ook al is iemand niet zelf verantwoordelijk voor het ontstaan van de gevaarlijke situatie. Deze verplichting zou ook kunnen bestaan in het geval dat iemand de gevaarsituatie had behoren waar te nemen, omdat hij de feitelijke of juridische zeggenschap heeft over de plaats en hierdoor noodzakelijke controles kan uitvoeren. De Hoge Raad neemt deze verplichting niet aan ten aanzien van kinderen ten opzichte van het eigen erf. Het zou bezwaarlijk zijn om voor deze groep een plicht tot actief handelen aan te nemen. Van kinderen kan namelijk niet gezegd worden dat ze middelen of vaardigheden bezitten waardoor ze hun invloed zouden kunnen uitoefenen op de gevaarlijke situatie.

In de tweede groep gevallen, waarin geen sprake is van een bijzondere relatie met het slachtoffer of met de plaats van het ongeval, is volgens de Hoge Raad voor aansprakelijkheid vereist dat het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen. Dit kon niet worden vastgesteld ten aanzien van de kinderen Heddema en werd aansprakelijkheid van de kinderen afgewezen. In deze groep gevallen, waarin geen sprake is van een voorafgaande bijzondere relatie en de aangesprokene niet actief betrokken is geweest bij het ontstaan van de gevaarlijke situatie, spreken we van zuiver nalaten. Te denken valt aan de verplichting om iemand te redden uit een noodsituatie. Deze aansprakelijkheid vloeit voort uit art. 450 Sr, waarin bepaald wordt dat er hulp moet worden verleend, indien het gaat om een levensgevaarlijke situatie, terwijl degene die de verplichting tot redden heeft bij zijn reddingspoging redelijkerwijs geen gevaar voor zichzelf of voor anderen te vrezen heeft. Hierbij dient een afweging te worden gemaakt tussen de te nemen maatregelen en het af te wenden gevaar. Invulling van de zorgplicht dient te geschieden aan de hand van een subjectief kunnen-criterium.⁹ Volgens de Hoge Raad is verder vereist dat het gevaar tot het bewustzijn van de gedaagde is doorgedrongen. De Hoge Raad kiest hierbij voor een zuiver subjectief kenbaarheidsvereiste.

9 C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 153.

Het is niet voldoende dat het gevaar voor de gedaagde kenbaar diende te zijn – hij moet zich het gevaar ook hebben gerealiseerd.¹⁰

7.2.3 *Zorgplichten in het Duitse recht*

Ontwikkeling van positieve zorgverplichtingen heeft veel aandacht gekregen in het Duitse recht. De reden hiervoor is dat – in tegenstelling tot het Nederlandse recht – het Bürgerliches Gesetzbuch (verder: BGB), onvoldoende mogelijkheden kent voor het instellen van verplichting tot handelen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat deze plichten in beide rechtsstelsels door de rechter zijn ontwikkeld.

In Duitsland werden positieve zorgverplichtingen als een leemte in het BGB beschouwd totdat het Duitse Reichsgericht een oordeel moest vellen in een zaak, waarbij iemand gewond was geraakt door een boom die op de weg was gevallen.¹¹ De regeling met betrekking tot onrechtmatige daad in Duitsland (unerlaubte Handlung, § 823 I BGB) richt zich in de eerste plaats op schade veroorzaakt door actief handelen, waarbij de focus op een inbreuk op een recht ligt. Het gaat hierbij om een directe inbreuk op 'Rechtsgüter' leven, lichaam, gezondheid en vrijheid en op 'Eigentum oder ein sonstiges Recht'.¹² Het Duitse Reichsgericht oordeelde in de bovengenoemde zaak dat § 823 I BGB ook van toepassing kan zijn in zaken waarin een inbreuk op andermans recht het gevolg is van nalaten. Het enkel vaststellen van een inbreuk was echter onvoldoende om aan de verdere eisen van een 'Tatbestand' en 'Rechtswidrigkeit' in de zin van § 823 I BGB te voldoen. Een oplossing werd gevonden in de ontwikkeling van zogenaamde 'Verkehrs(sicherungs)plichten' om te kunnen beslissen of nalaten onrechtmatig was.¹³ Het gaat hier om gedragsnormen die, ongeacht wettelijke of contractuele normen, de 'Rechtswidrigkeit' bepalen bij middellijke inbreuken op 'Rechte' en 'Rechtsgüter'. 'Verkehrs(sicherungs)plichten' zijn over het algemeen gebaseerd op de relatie die men heeft met een gebouw of opstal, met een roerende zaak of met het potentiële slachtoffer. Ze zijn zeer gedetailleerd en casuïstisch van karakter. Naast de 'Verkehrssicherungspflichten' die specifiek van toepassing zijn op de veiligheid van wegen, terreinen en gebouwen, kent het Duitse recht ook 'Verkehrspflichten' die betrekking hebben op schade door andere zaken en door gevaarlijke activiteiten. Zij rusten op aannemers, apothekers, drogisten, architecten, artsen, autowasbedrijven, bad- en zwemgelegenheden, baggeraars, spoorwegen, organisatoren van grote manifestaties, hotels, cafes, pensions, internaten, jagers, winkelexploitanten, exploitanten van sport- en spelplaatsen, et cetera.¹⁴

10 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten: een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen*, Deventer: Kluwer 1995, p. 44-45.

11 RG 30 oktober 1902, RGZ 52, 373.

12 H. Kötz, *Deliktsrecht*, Neuwied: Luchterhand 1996, p. 23-38; E. Deutsch & H.-J. Ahrens, *Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld*, Köln: Carl Heymanns 2002, p. 89-105.

13 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Band 1. Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1996, p. 114-117.

14 C. von Bar, *Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln: Heymann 1980; H. Kötz, *Deliktsrecht*, Neuwied: Luchterhand 1996, p. 94-96;

Zuiver nalaten is in het Duitse recht slechts onrechtmatig indien er een plicht tot handelen jegens de gelaedeerde bestond. Dit zal meestal een 'Verkehrspflicht' zijn, waarbij er sprake is van een bijzondere relatie tussen de laedens met een (on)roerende zaak of met de gelaedeerde. Een plicht tot handelen kan verder bestaan in het geval van hulpverlening (§ 330c Strafgesetzbuch). Voor het aannemen van een verplichting tot hulpverlening is aldus geen voorafgaande relatie noodzakelijk.¹⁵

7.2.4 Zorgplichten in het Engelse recht

In het Engelse recht moet voor aansprakelijkheid in geval van gevaarzetting aansluiting worden gezocht bij de rechtsfiguur van de zogenaamde 'duty of care' in de 'tort of negligence'. Het Engelse aansprakelijkheidsrecht wordt gevormd door het 'tort law', dat uit verschillende 'torts' bestaat, die elk hun eigen toepassingsgebied kennen. De 'tort of negligence' vervult in grote mate de functie van een algemene regel bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade. Naast causaliteit en schade kent de 'tort of negligence' de vereisten 'duty of care' en 'breach of duty'.¹⁶ Het vereiste van 'duty of care' brengt met zich dat een bestaande verplichting op de laedens moet rusten om schade aan de benadeelde te voorkomen. De 'breach of duty' betreft de vraag of het gedrag van de laedens in concreto onzorgvuldig is. Voor de beantwoording van deze vraag wordt de maatstaf van een 'reasonable man' gebruikt.

Een algemene regel voor de vaststelling van de 'duty of care' is afkomstig van Lord Atkin in de zaak *Donoghue v. Stevenson* uit 1932.¹⁷ Hierin werd de volgende vraag gesteld: 'Who in law is my neighbour?' Volgens dit 'neighbour principle' geldt er een algemene 'duty of care' tegenover iedereen die door onvoorzichtig handelen schade lijdt, indien er voldoende 'nabijheid' bestaat tussen de schadeveroorzaker en de benadeelde.¹⁸ Om nabijheid vast te stellen wordt de maatstaf van 'redelijke voorzienbaarheid' gehanteerd.¹⁹ De vraag of er sprake is van een 'special relationship' is echter doorslaggevend.²⁰

Indien de laedens een actieve rol vervult bij het toebrengen van letsel- of zaakschade aan een ander, zal in principe sprake zijn van een 'duty of care' op grond van het 'Atkinian principle'. Gaat het echter om aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade of voor schade door nalaten, dan zal dit problematischer worden. Over het algemeen dient dan een plicht tot handelen op een precedent te worden gebaseerd. Indien een

E. Deutsch & H.-J. Ahrens, *Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld*, Köln: Carl Heymanns 2002, p. 123-124.

15 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Band 2. Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe*, München: Beck 1999, p. 515-517.

16 W.L. Prosser & W. P. Keeton, *Prosser and Keeton on the law of torts*, St. Paul, Minn: West 1984, p. 356 e.v.; P.H. Winfield & J.A. Jolowicz, *Winfield and Jolowicz on tort*, London: Sweet & Maxwell 1994, p. 78 e.v.

17 *Donoghue v. Stevenson* (1932) AC 562, 580.

18 B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort law*, Oxford: Clarendon Press 1999, p. 80-87.

19 P. Kaye, *An explanatory guide to the English law of torts*, Chichester: Barry Rose Law 1996, p. 24-57.

20 P.H. Winfield & J.A. Jolowicz, *Winfield and Jolowicz on tort*, London: Sweet & Maxwell 1994, p. 83 e.v.; B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort law*, Oxford: Clarendon Press 1999, p. 74-76.

precedent ontbreekt, zal de plicht dus alleen bestaan als de schade voorzienbaar was en er sprake was van voldoende 'nabijheid' tussen de gedaagde en de eiser. Als aanvullende eis geldt dat het opleggen van de zorgplicht aan de gedaagde als redelijk en billijk moet worden beschouwd. De eis van 'nabijheid' is cruciaal voor het vaststellen van de zorgplicht.²¹ Dit geldt zelfs bij het aannemen van een verplichting tot hulpverlening.²² Het onderscheid tussen handelen en nalaten wordt in het Engelse recht vaak aangeduid als 'misfeasance' en 'nonfeasance'. 'Nonfeasance' is onrechtmatig nalaten, dat in schade jegens een ander resulteert. 'Misfeasance' betreft een activiteit die op zichzelf rechtmatig is, maar niet behoorlijk wordt uitgevoerd en eveneens in schade resulteert. Bij 'misfeasance' ligt het nalaten in een activiteit besloten, terwijl bij 'nonfeasance' de schade in concreto veroorzaakt is door het handelen van de benadeelde of van een derde en niet door gedragingen van de gedaagde zelf.²³ Het onderscheid tussen de twee groepen is moeilijk te maken; er wordt gekeken of de schade het resultaat is van nalaten of van een activiteit die niet goed is uitgevoerd. Over het algemeen zal de gedaagde aansprakelijk zijn voor misfeasance indien hij een duty of care verschuldigd was aan de eiser en er aldus sprake is van een schending van die plicht ('breach of duty') door onbehoorlijk uitvoeren van een rechtmatige daad. In het geval van 'nonfeasance' zal aansprakelijkheid minder snel worden aangenomen dan bij 'misfeasance', aangezien in het eerste geval minder strenge eisen worden gesteld aan de maatstaf van de redelijk handelende persoon. Dit brengt met zich mee dat onder bepaalde omstandigheden van de gedaagde geëist kan worden dat hij wist of behoorde te weten wat het risico voor het potentiële slachtoffer zou betekenen. In het Engelse recht bestaat een grote terughoudendheid om aansprakelijkheid voor nalaten vast te stellen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zaak *Stovin v. Wise*.²⁴ Het ging hier om de vraag of de autowegbeheerder aansprakelijk was jegens de gebruikers van de autoweg wegens het nalaten om iets aan een gevaarlijk kruispunt te doen. Deze vraag werd ontkennend beantwoord door het onderscheid tussen de zorgplichten bij handelen en zorgplichten bij nalaten sterk te benadrukken. Hiermee wordt tegelijkertijd sterk de nadruk gelegd op de bescherming van de vrijheid van handelen, wat ten koste gaat van de bescherming van de belangen van het slachtoffer van gevaarzetting.

7.3 Waarschuwingsplichten

In de vorige paragraaf is vastgesteld onder welke voorwaarden een positieve zorgplicht in Nederland kan worden aangenomen, waarbij tevens naar het Duitse en Engelse recht is gekeken. Afhankelijk van de verhouding tot het risico kan de omvang van de te nemen

21 Caparo Industries v. Dickman 1990 1 All ER 568; W. van Gerven, J. Lever & P. Larouche (red.), *Tort law*, Oxford: Hart 2000, p. 215-219.

22 W.L. Prosser & W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the law of torts*, St. Paul, Min.: West 1984, p. 375-378; P. Kaye, *An explanatory guide to the English law of torts*, Chichester: Barry Rose Law 1996, p. 61-64; B.S. Markesinis and S.F. Deakin, *Tort law*, Oxford: Clarendon Press 1999, p. 153-154.

23 B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort law*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 129; P.H. Winfield & J.A. Jolowicz, *Winfield and Jolowicz on tort*, London: Sweet & Maxwell 1994, p. 103.

24 *Stovin v. Wise* [1996] 3 All ER 801, 819.

voorzorgsmaatregelen sterk uiteenlopen.²⁵ Het is echter nog onduidelijk in hoeverre de gevaarsetter de keuze heeft tussen verschillende voorzorgsmaatregelen.

Waarschuwingsplichten kan men in dit kader als een bijzondere groep positieve zorgplichten zien. Het bijzondere van een waarschuwing is dat het een veiligheidsmaatregel is die altijd ingezet kan worden. Er kan immers altijd worden gewaarschuwd voor een bepaald gevaar, ook als andere maatregelen die het gevaar kunnen reduceren of elimineren onmogelijk zijn. De kosten van een waarschuwing worden in beginsel als relatief laag beschouwd.

Het bestaan van een waarschuwingsplicht teneinde anderen voor een ongeluk te behoeden wordt in beginsel niet snel aangenomen, aldus de Hoge Raad in het arrest van de struikelende broodbezorger.²⁶ De waarschuwingsplicht heeft als doel om het potentiële slachtoffer te informeren over en te beschermen tegen bepaalde risico's. Over het algemeen geldt deze plicht indien er sprake is van een informatiekloof, dat wil zeggen als iemand kennis heeft van bepaalde risico's die hij kan voorkomen, verplaatsen of reduceren, terwijl het potentiële slachtoffer deze kennis en/of mogelijkheden niet heeft of zich onvoldoende bewust is van deze risico's.

De waarschuwingsplicht heeft zich in Nederland vooral ontwikkeld op het gebied van de zorgplicht van de terrein- en wegbeheerder. Volgens de Hoge Raad handelt de terreinbeheerder in strijd met zijn zorgplicht, wanneer hij nalaat voorzorgsmaatregelen te nemen zoals een ter plaatse kenbaar verbod het terrein te betreden of een waarschuwing voor het hem bekende veenbroeigevaar, terwijl hij had kunnen verwachten dat het publiek dit terrein zal betreden en weet dat zich op dit terrein een voor het publiek niet steeds waarneembaar gevaar voordoet, dat niet aan het publiek bekend is. Dit is niet anders indien zich op het terrein ook andere, wel aan het publiek bekende gevaren voordoen.²⁷ Waarschuwen is echter niet altijd voldoende om het risico zodanig te beperken dat de onrechtmatigheid wordt weggelaten. In dit verband is het arrest *Bussluis* te noemen.²⁸ De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat indien een gemeente een gevaarlijke situatie in het leven roept door een bepaalde inrichting van een openbare weg, zoals het aanbrengen van een bussluis ter ondersteuning van verkeersmaatregelen, zij maatregelen zal moeten nemen om ervoor te zorgen dat de veiligheid van personen en zaken gewaarborgd blijft. Hierbij kan aan waarschuwen worden gedacht. De gemeente dient hierbij rekening te houden met het feit dat niet iedereen de vereiste voorzichtigheid in acht zal nemen. Indien het niet lukt om de veiligheid te waarborgen, zal van de gevaarlijke inrichting moeten worden afgezien. Het gebruikte waarschuwingsbord was in deze zaak niet duidelijk en straalde onvoldoende waarschuwingssignaal uit, omdat het qua vorm en de gebruikte blauwe kleur aansloot bij verkeersborden die algemene informatie verstrekken. Tevens was van belang dat het verschijnsel 'busluis' destijds niet algemeen bekend was.

Aansprakelijkheid van de wegbeheerder is alleen aan de orde als de wegbeheerder in de gegeven omstandigheden rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de bestuurder gebruik zou maken van de weg en dat deze er niet op bedacht zou (kunnen)

25 Bij een te gering risico kunnen voorzorgsmaatregelen zelfs achterwege blijven.

26 HR 22 november 1874, *NJ* 1975, 149, m.nt. GJS (Heddema/De Coninck).

27 HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29, m.nt. GJS (Staat/Daelder), r.o. 3.2.

28 HR 29 maart 1992, *NJ* 1993, 547, m.nt. CJHB (Bussluis).

zijn dat de weg voor dat gebruik niet veilig was. Aansprakelijkheid zal ontbreken indien het gevaar ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige weggebruiker aanstonds duidelijk had moeten zijn.²⁹ De vermoedelijke drager van waarschuwingsplichten is ervan bevrijd in geval van een gerechtvaardigd vertrouwen dat het potentiële slachtoffer met het risico bekend is of had moeten zijn en zich dienovereenkomstig kon gedragen. Dit geldt ook voor feiten van algemene bekendheid.³⁰ In het arrest *Annema/Staat* casseert de Hoge Raad het oordeel van het hof dat het een feit van algemene bekendheid is dat met de waarschuwingsborden voor opspattende stenen tevens op het slipgevaar wordt gewezen.³¹ Hieruit kan worden afgeleid dat een waarschuwingsbord voldoende specifiek moet zijn ten aanzien van het mogelijke gevaar.³²

In het *Jetblast*-arrest legt de Hoge Raad een strengere maatstaf aan ter beoordeling van de vraag wanneer in een gevaarlijke situatie een waarschuwing afdoende is.³³ Ten aanzien van de vraag of het plaatsen van waarschuwingsborden als een afdoende maatregel kan worden beschouwd, vindt de Hoge Raad het van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.³⁴ Het Gemeenschappelijke Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba concludeert in tweede instantie dat, gelet op de grote mate van waarschijnlijkheid dat toeristen niet op de borden letten, de weinig indringende en concrete wijze van waarschuwen door het aanwezige bord en de ernst van de potentiële gevolgen van jetblast, het vliegveld verplicht was om voorzorgsmaatregelen te nemen. De gebruikte waarschuwingen waren niet afdoende. Het hof acht in elk geval een verdergaande waarschuwing mogelijk.³⁵

De regel die uit het *Jetblast*-arrest volgt is dat een waarschuwing werkelijk effectief dient te zijn om als voorzorgsmaatregel afdoende te zijn. Zij moet immers zo ingericht zijn dat het in redelijkheid te verwachten valt dat zij aanleiding tot ander gedrag geeft en dat het gevaar vermeden wordt. Giesen meent dat hier een gevaarvermijdend resultaat wordt geëist, een enkele inspanning om te waarschuwen is onvoldoende.³⁶ Een waarschuwing kan echter ook afdoende zijn indien deze niet wordt opgevolgd door de gewaarschuwde. Dit kan namelijk te wijten zijn aan factoren die voor het risico van de gewaarschuwde komen, zoals een grote mate van onvoorzichtigheid of onoplettendheid van de gewaarschuwde of een verkeerd gemaakte afweging tussen de omvang van het risico en de omvang van de zorg door de gebruiker zelf.³⁷ Hier geldt een geobjectiveerde norm: er moet een redelijke verwachting bestaan dat de 'gemiddelde mens' zijn gedrag

29 HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660, r.o. 3.8 (Waterschap Zeeuwse eilanden/Royal Nederland Verzekeringen).

30 Vgl. HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 260 (Oost/Brands Bouwgroep); HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004, 175 (Laudy/Fair Play).

31 HR 6 september 1996, *NJ* 1998, 415, m.nt. CJHB (Annema/Staat), r.o. 3.4.1.

32 Zie ook C.E. du Perron, 'De reikwijdte van een waarschuwingsbord', *Bb* 1996, p. 175-176.

33 HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105, m.nt. CJHB (Jetblast).

34 HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105, m.nt. CJHB (Jetblast), r.o. 3.4.3.

35 Gem. Hof Nederlandse Antillen en Aruba, 18 maart 2005, *NJ* 2005, 302 (Jetblast), r.o. 2.5-2.8.

36 I. Giesen, *Handle with care!: De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 34.

37 S.B. Pape, 'De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2006, p. 380-381.

zal aanpassen.³⁸ Deze eis van effectiviteit kan ook voor andere voorzorgsmaatregelen gelden. Indien bepaald gedrag niet kan worden verwacht, zal een waarschuwing niet effectief zijn en zullen fysieke maatregelen moeten worden genomen.³⁹

7.4 Normenhiërarchie bij voorzorgsmaatregelen

Uit het gevaarzettingsleerstuk volgt de algemene regel dat degene die een gevaarlijke situatie in het leven roept, onder bepaalde omstandigheden gehouden is maatregelen te treffen, teneinde schade aan derden te voorkomen. Er wordt gekeken naar welke voorzorgsmaatregelen genomen zijn en welke redelijkerwijs genomen hadden moeten worden. Bij de vraag hoeveel voorzorg men moet betrachten en in welke vorm zijn de feitelijke mogelijkheid, de gebruikelijkheid en de bezwaarlijkheid (kosten, tijd en moeite) van de te nemen voorzorgsmaatregelen van belang. In het algemeen geldt dat naarmate het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen, zowel op zichzelf beschouwd, als in relatie tot de mogelijke schade, minder bezwaarlijk is, een grotere gehoudenheid bestaat tot het treffen van deze maatregelen. Indien het risico bestaat dat iemand lichamelijk letsel kan oplopen, zullen de voorzorgsmaatregelen aanzienlijk zijn. De waarde van het menselijk leven en lichamelijke integriteit is namelijk erg groot.

In deze kwestie kan een economische benadering goede inzichten bieden: kosten van het nemen van voorzorgsmaatregelen worden vergeleken met kosten die met ongelukken gemoeid zijn. Het voorkomen van alle ongelukken tegen alle kosten zal inefficiënt zijn.⁴⁰ Het is alleen efficiënt om maatregelen te treffen wanneer deze lager zijn dan verliezen door ongelukken (lager dan de hoogte van het risico, dat wil zeggen de kans dat een ongeluk zal gebeuren vermenigvuldigd met de schade die het, naar verwachting zal veroorzaken). Men zoekt aldus naar een optimaal veiligheidsniveau.⁴¹ Soms zal het onmogelijk zijn het risico geheel weg te nemen en kan worden volstaan met een risicoreductie. Dit zal het geval zijn als de kosten te hoog zijn of als het wegnemen van het risico de activiteit zelf onmogelijk zou maken. Een veiligheidsmaatregel hoeft niet elke kans op schade uit te sluiten. Ter afwending van gevaar zijn dus verschillende voorzorgsmaatregelen in rechtseconomische zin denkbaar. De vraag die hierbij rijst is in hoeverre de gevaarzetters in de keuze van aan te wenden veiligheidsmaatregelen in juridische zin vrij is.

In de doctrine is betoogd dat een waarschuwingsplicht pas dan de voorkeur verdient als het niet redelijk is dat het risico op een andere manier kan worden bestreden, bijvoor-

38 Aldus ook T. Hartlief, 'Kelderluik revisited. De kracht van een waarschuwing', *Ars Aequi* 2004, p. 871; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Gevaarzetting en risicoverhoging', *WPNR* 2005, p. 372.

39 Vgl. HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Erven Kouwenberg/Rabobank).

40 Vgl. Bolton v. Stone (1951) AC 850.

41 Vgl. H. Kötz, *Deliktsrecht*, Neuwied: Luchterhand 1996, p. 18-20; B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort law*, Oxford: Clarendon Press 1999, p. 29-31; M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002, p. 18-19; L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2005, p. 16.

beeld door het nemen van fysieke maatregelen.⁴² In het *Multivac*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld over de vraag of een waarschuwing als veiligheidsmaatregel afdoende is en of andere alternatieven de voorkeur verdienen.⁴³ Het ging in deze zaak om de vraag of de werkgever aansprakelijk kan worden gesteld voor een arbeidsongeval met lichamelijke letsel tot gevolg dat tijdens de bediening van een gevaarlijke inpakmachine was ontstaan. De werkgever had bepaalde voorzorgsmaatregelen getroffen: de desbetreffende machine was voorzien van vele beschermkappen, een duidelijk aanwezige noodstopknop en waarschuwingstickers. Volgens de vaste jurisprudentie legt de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht op werkgevers die gevaarlijke machines laten bedienen.⁴⁴ Daarbij geldt in het bijzonder dat het waarschuwen voor gevaren bij de bediening door middel van mondelinge of schriftelijke instructies en het aanbrengen van waarschuwingstickers, niet voldoende zijn om aan de zorgplicht te voldoen. De werkgever dient rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met de machine de werknemer ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen. Van de werkgever mag volgens de Hoge Raad daarom worden verwacht dat hij eerst onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger werking van de machine mogelijk is. Indien dit niet het geval blijkt te zijn, moet bekeken worden of op voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd. Deze regel van ‘eerst onderzoek naar alternatieven, dan pas waarschuwen’ bestempelt Van Boom in zijn noot bij dit arrest als ‘normenhiërarchie’. Het gaat hier niet om een absolute waarborg tegen de verwezenlijking van het gevaar, maar om het vaststellen van maatregelen die redelijkerwijs verwacht kunnen worden na het toepassen van de Kelderluik-afweging. Verder is van belang dat indien het slechts mogelijk is voor het gevaar te waarschuwen, deze waarschuwing alleen dan afdoende is wanneer te verwachten valt dat de werknemer door de waarschuwing het gevaar zal vermijden. Hier refereert de Hoge Raad duidelijk aan het *Jetblast*-arrest.

7.5 Effectiviteit van voorzorgsmaatregelen: de toegevoegde waarde van rechtspsychologische invalshoek

In het *Jetblast*-arrest is de eis van effectieve zorg bij gevaarzetting verwoord. Hiermee is echter de vraag nog niet beantwoord wanneer we kunnen spreken van effectieve zorg. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de inzichten uit de psychologie en de law and behavioral economics die ons behulpzaam kunnen zijn bij het bepalen van hetgeen een effectieve waarschuwing in juridische zin zou kunnen zijn.

Het doel van de waarschuwing is om de gewaarschuwde te overtuigen van de desbetreffende boodschap en om hem vervolgens op een bepaalde manier te laten handelen. Een waarschuwing kan alleen effectief zijn als de gewaarschuwde de waarschuwing kan

42 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 213; C.C. van Dam, *European tort law*, p. 203; T. Hartlief, ‘Kelderluik revisited. De kracht van een waarschuwing’, *Ars Aequi* 2004, p. 871-872.

43 HR 11 november 2005, JA 2006, 11 m.nt. W.H. van Boom (Bayar/Wijnen).

44 Vgl. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst); HR 29 april 1983, NJ 1984, 19 (De Vries/Kuyt).

waarnemen, registreren en vervolgens overeenkomstig kan handelen na weging van kosten en de baten van dat handelen.⁴⁵ Hierbij zijn allereerst perceptie en aandacht van belang. De rol van waarschuwing hierin is om de aandacht naar zich toe te trekken (de 'alerting function'). Ten tweede gaat het om begrijpen en beslissen. De waarschuwing verstrekt informatie om een afweging tussen kosten en baten te kunnen maken (de 'informational function').

Bij perceptie of waarneming gaat het om het verkrijgen en verwerken van informatie opgepikt door onze zintuigen, waardoor onze activiteiten ten opzichte van de waargenomen objecten gestuurd worden.⁴⁶ Bij de perceptie van een waarschuwing is ook de urgentie die deze oproept van belang. Mensen zijn sterk ontvankelijk voor de verschillen in de mate van gevaar die een waarschuwing impliceert en zullen overeenkomstig handelen. Zo kunnen bepaalde kleuren (bijvoorbeeld rood) of bepaalde woorden (bijvoorbeeld dodelijk) meer urgentie oproepen dan andere. Deze mate van urgentie zal idealiter corresponderen met de ernst van het gevaar dat wordt waargenomen. We spreken hier van 'hazard matching'.⁴⁷ Op deze manier kunnen waarschuwingen meer informatie over de grootte van het gevaar geven. Hierdoor wordt ook het gevaar van 'habituation', een vorm van gewenning die ontstaat doordat te strikte waarschuwingen voor te kleine gevaren ingezet worden, voorkomen.⁴⁸ Hiernaast is de context van belang.⁴⁹ Het gaat hier om de hele situatie waarin de gewaarschuwde zich bevindt, diens eerdere relevante ervaringen en bekendheid met het gevaar, het gedrag van anderen, et cetera. Deze context kan behulpzaam zijn bij de identificatie van een object, waardoor men sneller kan waarnemen. Context kan de perceptie echter ook ernstig verstoren. Zo kan een waarneming afhankelijk van de context verschillend worden geïnterpreteerd. Perceptie kan ook worden vertroebeld door de verwachtingen die men van tevoren heeft. We spreken in dit kader van 'biases'.⁵⁰

Waarschuwingen dienen aandacht te trekken om goed te worden waargenomen in een omgeving waarin verschillende stimuli om onze aandacht vragen. Het verwerken van alle beschikbare informatie kan niet tegelijk gebeuren. Bij het aspect 'aandacht' is dan ook van belang dat degene die waarneemt een selectieproces ondergaat tussen verschillende stimuli, zodat slechts een gedeelte kan worden onderworpen aan intensieve cognitieve verwerking.⁵¹ De waarschuwing dient dus te worden geselecteerd als een

45 I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 60.

46 M.W. Eysenck & M.T. Keane, *Cognitive psychology: a student's handbook*, Hove: Psychology Press 2005, p. 31.

47 E. Hellier e.a., 'On the stability of the arousal strength of warning signal words', *Applied Cognitive Psychology* 2000, p. 577-592.

48 E. Hellier e.a., 'On the stability of the arousal strength of warning signal words', *Applied Cognitive Psychology* 2000, p. 579.

49 Vgl. R. Vonk, *Cognitieve sociale psychologie: psychologie van het dagelijks denken en doen*, Utrecht: LEMMA 2001, p. 19.

50 S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, New York: McGraw-Hill 1993, p. 15-18.

51 G. Matthews e.a., *Human performance: cognition, stress and individual preferences*, Hove: Psychology Press 2000, p. 67 e.v.

stimulans die aandacht trekt. Een waarschuwing moet daarom opvallend zijn.⁵² Hierbij spelen vooral fysieke eigenschappen een rol en de plaats van de stimulans.

Als de waarschuwing eenmaal waargenomen is, dient nog een beslissing te worden gemaakt. Het gaat hier om een zogenaamde beslissing in onzekerheid – het staat immers niet vast of het gevaar zich zal verwezenlijken. Beslissen gebeurt meestal op grond van een ‘heuristic’, een vuistregel, ezelsbruggetje of intuïtie. Deze kan het nemen van beslissingen vergemakkelijken. Een probleem hierbij is dat niet goed wordt nagedacht over de te verwachten gevolgen van die beslissing. In dit kader kan ‘framing’ genoemd worden. Mensen blijken in dezelfde situaties verschillende beslissingen te nemen, afhankelijk van de inkleding van de desbetreffende situatie.⁵³ Verschillende cognitieve valkuilen kunnen ook een rol spelen bij het onbewust beïnvloeden van beslissingen, zoals de ‘hindsight bias’. Zo is het in geval van waarschuwingen makkelijk om achteraf te oordelen dat er een betere waarschuwing als veiligheidsmaatregel om schade te voorkomen had moeten worden ingezet. De vraag is echter of men zonder deze wijsheid achteraf ook voorafgaand aan het ongeval tot deze conclusie had kunnen komen.

Uit het voorafgaande blijkt dat er allerlei verstoringen en beperkingen in het kader van perceptie, aandacht en beslisproces kunnen optreden, waardoor mensen zich minder snel overeenkomstig de waarschuwing zullen gedragen. Giesen noemt in dit opzicht dat ook de kosten voor de gewaarschuwde van belang zijn.⁵⁴ Of iemand een waarschuwing zal volgen, hangt af van de bewuste of onbewuste inschatting of de baten van dat gedrag groter zullen zijn dan de kosten ervan. Deze kosten-batenanalyse wordt gemaakt aan de hand van de informatie die de waarschuwing verstrekt. Anders dan bij de Kelderluik-criteria gaat het hier om de kosten behorende bij de gewaarschuwde partij in plaats van bij de waarschuwendende partij. Uit het onderzoek is gebleken dat de kosten van het opvolgen van een waarschuwing, van grote invloed zijn op de vraag of iemand waarschuwingconform gedrag gaat vertonen. Zelfs een kleine verhoging van die kosten kan de bereidheid om aan de waarschuwing te voldoen geheel tenietdoen.⁵⁵ Hieruit volgt dat het noodzakelijk is om de voorzorgskosten voor de gewaarschuwde minimaal te houden. Dit brengt met zich mee dat als de waarschuwing aangeeft dat een bepaalde vorm van bescherming gewenst is, die vorm van bescherming ook voor gebruik gereed en in de buurt aanwezig moet zijn. De kosten van de waarschuwing zullen anders snel de baten overtreffen. De waarschuwing zal dus snel ineffectief zijn als naast de waarschuwing zelf niet ook beschermingsmethoden ter beschikking worden gesteld. Indien in een bepaalde gevaarlijke situatie een bepaalde vorm van actief handelen gewenst is, kan de gevaarzetter niet alleen volstaan met het geven van een waarschuwing, maar zal deze ook beschermingsmiddelen moeten overhandigen om in overeenstemming met de waarschuwing te handelen. Indien een waarschuwing daarentegen tot een nalaten

52 M.S. Wogalter, ‘Communication-human information processing (C-HIP) model,’ in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 54-55.

53 S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, New York: McGraw-Hill 1993, p. 69-73.

54 I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 72 e.v.

55 T.A. Dingus, S.S. Wreggit, & J.A. Hathaway, ‘Warning variables affecting personal protective equipment Use’, *Safety Science* 1993, p. 655-673.

verplicht, zal de gevaarsetter naast de waarschuwing ook een fysieke belemmering als veiligheidsmaatregel moeten gebruiken om ervoor te zorgen dat daadwerkelijk nagelaten wordt. In de rechtspsychologische doctrine wordt in dit kader gesproken van ‘hazard control hierarchy’.⁵⁶

7.6 Eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer

7.6.1 De verhouding gevaarsetter en slachtoffer

Het spreekt voor zich dat niemand een absolute plicht heeft om iedereen tegen alle mogelijke gevaren te beschermen. Bij gevaarstelling zijn het zowel de gevaarsetter als het uiteindelijke slachtoffer die invloed uitoefenen op hetzij het ontstaan, hetzij de verwezenlijking van het risico. De vraag die dan rijst is in hoeverre de gevaarsetter verplicht is om rekening te houden met eigen schuld van het potentiële slachtoffer.

Uitgangspunt is dat men er niet van uit mag gaan dat anderen zich altijd voorzichtig en oplettend zullen gedragen. Potentiële slachtoffers dienen onder omstandigheden behoeft te worden voor hun eigen fouten. Indien het redelijkerwijs te verwachten is dat het slachtoffer het zal nalaten om zich veilig te gedragen, kan dit de mate van vereiste zorg door de gedaagde beïnvloeden. Het is van cruciaal belang wie de informatie heeft met betrekking tot het risico (kennen) en wie het beste in staat is om het risico te verminderen of te elimineren (kunnen).⁵⁷ Aan de rechter is het om te beslissen wie uiteindelijk verantwoordelijk was voor het afwenden van het gevaar.

Iemand die met een zekere activiteit uitoefent, is vanzelfsprekend verantwoordelijk voor het treffen van juiste voorzorgsmaatregelen. Dit is echter minder evident indien iemand anders het risico in het leven heeft geroepen (slachtoffer, derde) of indien het risico ontstaan is door de natuur of door de staat van het object zelf. Van Dam wijst er hierbij op dat verschillende rechtstelsels belangrijke overeenkomsten vertonen met betrekking tot de vraag wie de plicht tot handelen heeft.⁵⁸ De belangrijkste indicatiefactoren zijn:

a. een relatie met de plaats van het ongeval

Het gaat hier vooral om aansprakelijkheid voor opstal, weg, terrein of natuurgebied. De eigenaar, de beperkt gerechtigde (vruchtgebruiker, erfpachter, opstaller), de huurder, de huurkoper, de beheerder of de exploitant heeft een plicht om voor veiligheid op de

56 M.S. Wogalter, ‘Purposes and scope of warnings’, in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 4-5; E.P. Cox & M.S. Wogalter, ‘Warning source’, in: M.S. Wogalter, *Handbook of warnings*, Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006, p. 113-114.

57 C. van Dam, *European tort law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 204-205; C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel en zaakschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 133 e.v.; Vgl. de noot van G.J. Scholten bij HR 9 december 1966, NJ 1967, 69.

58 C. van Dam, *European tort law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 207-209. Vgl. H.J.R. Kaptein, ‘Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid’, in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Wie draagt de schade?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 84.

desbetreffende locatie te zorgen jegens de bezoekers. Uit deze opsomming blijkt dat meerdere personen verantwoordelijk kunnen zijn. De omvang van de zorgplicht zal dan ook variëren naar de mate waarin zij feitelijk betrokken zijn bij de onroerende zaak. Deze verplichtingen bestaan in de eerste plaats ten opzichte van de bevoegde bezoekers, dat wil zeggen personen die impliciet of expliciet toestemming hebben om de onroerende zaak te betreden. Het gaat hier om vormen van kwalitatieve aansprakelijkheid, die veelal door de wetgever in het leven zijn geroepen. Men kan onderscheid maken tussen de vormen van risico-aansprakelijkheid en van foutaansprakelijkheid met een omgekeerde bewijslast. Voor het Nederlandse recht zijn hierbij van toepassing: art. 6:174 BW (gebrekkige opstallen), art. 6:176 BW (stortplaatsen) en art. 6:177 BW (boorputten). In Engeland zijn deze plichten opgenomen in twee Occupier's Liability Acts, de Occupier's Liability Act 1957 en de Occupier's Liability Act 1984. De vraag wie de 'occupier' is hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de vraag wie de controle over de plaats kon uitoefenen, centraal staat.⁵⁹ De verplichting van de wegbeheerder om voor het onderhoud van de weg te zorgen komt voort uit diverse 'torts', zoals 'public nuisance', 'negligence' en 'breach of statutory duty' van de Highways Act 1980. De eerste Duitse 'Verkehrspflichten' zijn in het leven geroepen voor de aansprakelijkheid voor wegen, opstallen en gebouwen.⁶⁰ Op dit gebied bestaat ook een aantal bijzondere wettelijke regels, zoals de regeling van § 836 tot en met § 838 BGB die een foutaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast vestigt op de bezitter, de voormalige bezitter en de onderhoudsplichtige van een ingestort gebouw. Op de exploitanten van spoorbanen, kabelbanen, gasleidingen en elektriciteitsleidingen rust een risicoaansprakelijkheid op grond van de Haftpflichtgesetz.

b. een relatie met de roerende zaak die het ongeluk heeft veroorzaakt

Het betreft hier aansprakelijkheid van de producent, eigenaar, bezitter of gebruiker van de roerende zaak, die direct of indirect de schade heeft veroorzaakt. Deze personen zijn jegens derden verantwoordelijk voor de veiligheid van een roerende zaak. In Duitsland bestaan verschillende positieve plichten onder de noemer 'Verkehrssicherungspflichten' die in bijzondere gevallen tegen de schade door roerende zaken dienen te beschermen, indien de zaak naar zijn aard, in een bepaalde toestand of bij een bepaalde bezigheid gevaren voor derden kan opleveren.⁶¹ Hierbij kan men denken aan machines, gevaarlijke stoffen, springstoffen, afval en wapens. In Engeland bestaan geen specifieke plichten op dit terrein. Het leerstuk van tort of negligence biedt oplossing. Op dit terrein zijn de meeste zorgplichten opgenomen in de wettelijk geregelde vormen van risicoaansprakelijkheid, zoals in geval van productaansprakelijkheid op grond van

59 P.H. Winfield & J.A. Jolowicz, *Winfield and Jolowicz on tort*, London: Sweet & Maxwell 1994, p. 227-228; B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort law*, Oxford: Clarendon Press 1999, p. 284-286.

60 C. von Bar, *Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln: Heymann 1980, p. 45 e.v.

61 H. Kötz, *Deliktsrecht*, Neuwied: Luchterhand 1996, p. 96 e.v.; E. Deutsch & H.-J. Ahrens, *Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld*, Köln: Carl Heymanns 2002, p. 123-124.

de Europese productenrichtlijn⁶² en aansprakelijkheid voor dieren (Animal Act 1971 in Engeland, § 833 BGB in Duitsland en art. 6:179 BW in Nederland). In Duitsland en Nederland geldt dit ook voor motorrijtuigen (respectievelijk § 7 e.v. Strassenverkehrsgesetz en art. 185 WVV). Verder geldt in het Duitse recht een risicoaansprakelijkheid voor de fabrikant van een gebrekkig geneesmiddel (§ 68 Arzneimittelgesetz) en voor bepaalde vormen van milieuschade (§ 22 Wasserhaushaltsgesetz). In Nederland geldt een aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken (art. 6:173 BW), voor dieren (art. 6:179 BW) en voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW).

c. een relatie met de dader/veroorzaker van de gevaarlijke toestand

Het gaat hier om aansprakelijkheid van degenen op wie de plicht rust om te voorkomen dat anderen, voor wie hij verantwoordelijk is, schade aan derden toebrengen. Men spreekt hier ook wel van toezichthoudersaansprakelijkheid: een toezichthouder is jegens derden verantwoordelijk voor de gedragingen van de aan zijn zorg en controle toevertrouwde personen.⁶³ Op dit gebied zijn veel wettelijke regels van kwalitatieve aansprakelijkheid te vinden.⁶⁴ Zo rust in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid in het Engelse recht een 'vicarious liability' op de werkgever voor schade die door zijn werknemer aan derden wordt toegebracht.⁶⁵ In Duitsland rust een foutaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast op grond van § 831 BGB op de 'Geschäftsherr' voor fouten van zijn 'Verrichtungsgehilfe'. Bij werkzaamheden aan 'ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei oder eine Fabrik' geldt op grond van § 3 Haftpflichtgesetz een risico-aansprakelijkheid. Verder zijn volgens § 832 BGB de ouders of een andere toezichthouder kwalitatief foutaansprakelijk met omgekeerde bewijslast voor schade veroorzaakt door daden van minderjarigen.⁶⁶ Hierbij wordt ervan uitgegaan dat degenen die de plicht hebben om te controleren en in te grijpen teneinde schade aan derden te voorkomen, ook de bevoegdheid hebben om dit te doen. In het Nederlandse recht zijn van belang: art. 6:169 BW (ouders voor kinderen), art. 6:170 BW (werkgever voor werknemer), art. 6:171 BW (opdrachtgever voor opdrachtnemer) en art. 6:172 BW (vertegenwoordigde voor vertegenwoordiger).

62 Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (85/374/EEG), *PbEG* 7 augustus 1985, L 210/29.

63 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen*, Deventer: Kluwer 1995, p. 72; W.L. Prosser & W. P. Keeton, *Prosser and Keeton on the law of torts*, St. Paul, Min.: West 1984, p. 383 e.v.

64 F.T. Oldenhuis, *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van anderen: een onderzoek naar de kwalitatieve aansprakelijkheid volgens Nieuw Burgerlijk Wetboek in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1985, p. 132 e.v.

65 G. Fleming, *The law of torts*, Sydney: Law Book Company 1992, p. 366 e.v.; P.H. Winfield & J.A. Jolowicz, *Winfield and Jolowicz on tort*, London: Sweet & Maxwell 1994, p. 592 e.v.; B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort law*, Oxford: Clarendon Press 1999, p. 490 e.v.

66 H. Kötz, *Deliktsrecht*, Neuwied: Luchterhand 1996, p. 131-133.

d. een relatie met het slachtoffer

Het betreft hier aansprakelijkheid van personen die een zekere zorgplicht hebben jegens degenen tot wie zij in een vertrouwensrelatie staan. Het gaat hier om groepen die bijzondere bescherming verdienen, omdat ze niet optimaal in staat zijn om voor eigen belangen op te komen. Het leerstuk van de 'reliance' speelt hierbij een belangrijke rol.⁶⁷ Hiervan is sprake wanneer het slachtoffer in een positie van vertrouwen en afhankelijkheid verkeert en daardoor geen of onvoldoende maatregelen neemt voor de bescherming van zijn eigen veiligheid. Het slachtoffer mag erop vertrouwen dat de ander in voldoende mate voor zijn veiligheid zal zorgen.

Hierbij kan worden gedacht aan relaties die uit de wet voortvloeien, zoals de relatie ouder en kind, curator en curandus, bewindvoerder en onderbewindgestelde en tussen mentor en betrokkene. Verder kan een relatie op een contract gebaseerd zijn, zoals in het geval van werkgever en werknemer, arts en patiënt, gastheer en gast, verhuurder en huurder en onderwijsinstelling en leerling of student. Een beschermingsrelatie kan bovendien ook ontstaan vanuit een puur feitelijke situatie, waarbij iemand zich de belangen van een ander aantrekt.⁶⁸

Uit het voorafgaande volgt dat bijzondere relaties het wederzijdse verwachtingspatroon ten aanzien van vereiste zorgvuldigheid kunnen beïnvloeden. Wij vertrouwen erop dat een zekere mate van zorg zal worden gegeven in onze maatschappij.⁶⁹ De vraag welke zorg kan worden verlangd, wordt dus een beoordeling van wederzijdse verwachtingen in de specifieke context van het geval.⁷⁰ Als de verwachting is dat potentiële slachtoffers onvoldoende zorg voor hun veiligheid zullen betrachten, zal de noodzaak van het treffen van voorzorgsmaatregelen groter zijn. Indien het gaat om gevaarlijke situaties bij het ontstaan waarvan men niet actief betrokken is geweest, vloeien de verplichtingen om te handelen, die de basis voor deze aansprakelijkheid vormen, steeds voort uit een relatie die de gevaarsetter heeft met de plaats van het ongeval, met een roerende zaak, met de dader of met het slachtoffer. Indien de gevaarsetter zelf een gevaarlijke situatie in het leven heeft geroepen, zullen in beginsel zwaardere eisen aan de zorgvuldigheidsnorm gesteld worden.

7.6.2 Wettelijk en gewenst kader voor verdeling van schade

Indien het onzeker is of en in welke omvang de schade zou zijn ontstaan als de vereiste maatregelen wel waren genomen, is het de vraag of een deel van de schade voor rekening van de gelaedeerde dient te blijven, aangezien deze persoon ook debet is aan het ontstaan van het ongeval door eigen onvoorzichtig gedrag. Men kan zich hierbij af-

67 R.A. Buckley & R.F.V. Heuston, *Salmond and Heuston on the Law of torts*, London: Sweet & Maxwell 1996, p. 202.

68 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen*, Deventer: Kluwer 1995, p. 80-81.

69 F. Fukuyama, *Trust: the social virtues and the creation of prosperity*, New York: Free Press 1995, p. 27.

70 T. Hartlief, 'Kelderluik revisited. De kracht van een waarschuwing', *Ars Aequi* 2004, p. 870.

vragen hoe zwaar de eigen verantwoordelijkheid weegt ten opzichte van de te nemen voorzorgsmaatregelen. Bij de vraag welke invloed de eigen schuld van het slachtoffer voor de aansprakelijkheid van de gevaarsetter heeft, kan aan volgende drie systemen worden gedacht:

1. eigen schuld leidt tot geheel verval van de schadevergoedingsplicht;
2. eigen schuld leidt tot schadeverdeling, waarbij voor de verdelingsmaatstaf de keuze uit verschillende instrumenten bestaat: causaliteit, schuld et cetera;
3. eigen schuld heeft geen invloed op de schadevergoedingsplicht, tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid (thans bij verkeers- en arbeidsongevallen).⁷¹

De eerste oplossing genoot in het Romeinse recht en het daarop voortbouwende recht aanvankelijk de voorkeur.⁷² Inmiddels is deze ‘alles of niets’-benadering vanuit billijkheidsoverwegingen verlaten. Door de verwevenheid van individuele rechtssferen is het vinden van een omslagpunt tussen ‘alles’ en ‘niets’ haast onmogelijk. Dit heeft tot de erkenning van het juridische concept van gedeelde verantwoordelijkheid geleid, dat later gecodificeerd is in art. 6:101 BW. Dezelfde ontwikkeling heeft in Engeland tot de invoering van het leerstuk van contributory negligence door de Law Reform Act 1945 en in Duitsland tot de codificatie van eigen schuld in § 254 BGB geleid.⁷³

Art. 6:101 BW reikt twee verdelingsmaatstaven aan om de omvang van eigen schuld te bepalen: de primaire causaliteitsmaatstaf en billijkheidscorrectie. In de eerste plaats wordt de vergoedingsverplichting verminderd door de schade over het slachtoffer en de gevaarsetter te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Het resultaat van de causaliteitsafweging is in beginsel een verdeling, tenzij billijkheid verval van de vergoedingsplicht of geheel in stand blijven van de vergoedingsplicht met zich meebrengt. Ter invulling van de causaliteitsmaatstaf moet men uitgaan van de mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid. Deze oplossing wordt ook in de Duitse jurisprudentie en doctrine toegepast.⁷⁴ Beslissend is in welke mate de gedragingen aan de zijden van de gevaarsetter en het slachtoffer het ontstaan van de schade in het leven hebben geroepen.⁷⁵ Het eigen schuld verweer vindt plaats in de omvangsfase van de aansprakelijkheid en

⁷¹ A.R. Bloembergen, ‘Eigen schuld bij letselschade: een verweer op zijn retour’, in: A.J.O. van Wassenae van Catwijck e.a., *Eigen schuld bij onrechtmatige daad. De verdeelsleutel zoals neergelegd in art. 6:101 BW. Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1997*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 7.

⁷² A.L.M. Keirse, ‘“Het ‘alles of niets’-denken naar de geschiedenis verbannen”, AV&S 2005, p. 4 e.v.; C.J.H. Jansen, ‘Eigen schuld van de benadeelde: historische wortels en toepassingsbereik van art. 6:101 BW naar aanleiding van D. 8, 2, 11, pr’, *RM Themis* 2002, p. 204-207.

⁷³ B.S. Markesinis, *A comparative introduction to the German law of torts*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 103 e.v.; W.L. Prosser & W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the law of torts*, St. Paul, Min.: West 1984, p. 452-453.

⁷⁴ W. Wussow, in: W.-D. Dressler (red.), *Unfallhaftpflichtrecht. Gesamtdarstellung*, Köln: Heymanns 1996, p. 897 e.v.; BGB 30 september 1982, *NJW* 1983, 622; BGB 28 oktober 1993, *NJW* 1994, 379.

⁷⁵ J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis. Recht, retoriek en burgerlijk moraal*, Deventer: Kluwer 1997, p. 81; HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700 (Marloes de Vos), r.o. 3.7; HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 701 (Quafa Ayachi), r.o. 3.7; HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 702 (Pierre Wildiers), r.o. 3.5.

heeft derhalve geen invloed op de aansprakelijkheid van de dader. Iedere verdeling van schade blijft mogelijk, variërend van volledige toekenning tot volledig verval van de schadevergoedingsplicht.⁷⁶

Beide verdelingsmaatstaven bevatten open normen, waardoor het in de praktijk niet duidelijk is hoe ze moeten worden toegepast.⁷⁷ Het blijft moeilijk om tot een goed beargumenteerde verdeling te komen. Zo blijkt de waardering van causale factoren problematisch.⁷⁸ Aangezien absolute gegevens over de gevaarlijkheid van bepaalde gedragingen ontbreken, dient men dit door middel van schatting te beredeneren.⁷⁹ Voor bepaalde factoren is het soms onduidelijk bij welke maatstaf zij thuishoren. Zo worden zij door de Hoge Raad onder de noemer van billijkheidscorrectie gebracht, terwijl dit evenzeer of zelfs beter als het causaliteitsprobleem kon worden beschouwd.⁸⁰ Het belang van dit onderscheid is gelegen in het feit dat de billijkheidscorrectie een uitzondering is, waarop in beginsel gemotiveerd moet worden ingegaan. Bovendien kan het resultaat van de causaliteitsafweging nog sterk veranderen na het toepassen van de billijkheidscorrectie.⁸¹ Bij de verdelingsmaatstaven worden veel verschillende factoren meegewogen, veelal op grond van intuïtief inzicht.⁸² Deze zijn meestal niet toetsbaar in cassatie en hoeven ook niet te worden gemotiveerd.⁸³ Wat van het slachtoffer kan worden gevergd blijft zeer afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

-
- 76 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Band 2. Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe*, München: Beck 1999, nr. 519; C.J.H. Jansen, 'Eigen schuld van de benadeelde: historische wortels en toepassingsbereik van art. 6:101 BW naar aanleiding van D. 8, 2, 11, pr', *RM Themis* 2002, p. 209.
- 77 A. Hammerstein, *Onderneming en burgerlijk recht*, Deventer 1997, p. 331 e.v.; J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer 1992, p. 80 e.v.
- 78 J. Spier, 'De causale maatstaf van art. 6:101 BW', in: A.J.O. van Wassenauer van Catwijck e.a., *Eigen schuld bij onrechtmatige daad. De verdeelsleutel zoals neergelegd in art. 6:101 BW. Inleidingen, gehouden op het symposion van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1997*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 15-22; J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1997, p. 82; H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 190-191.
- 79 J.M. Barendrecht, 'Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 168.
- 80 T. Hartlief, 'Open normen in het schadevergoedingsrecht: de artikelen 6:98, 99 en 101 BW', *WPNR* 2002, p. 15 e.v.
- 81 Vgl. W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger. Enige opmerkingen naar aanleiding van HR 11 juli 2003, Co1/257 (Erven Kouwenberg/Rabobank Schaijk-Reek)', *NTBR* 2003, p. 563.
- 82 H.A. Bouman, 'De billijkheidscorrectie tegen het licht of het betere, de billijkheidscorrectie, is de vijand van het goede, de rechtszekerheid', in: A.J.O. van Wassenauer van Catwijck e.a. (red.), *Eigen schuld bij onrechtmatige daad. De verdeelsleutel zoals neergelegd in art. 6:101 BW. Inleidingen, gehouden op het symposion van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1997*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 26 e.v.; F.M.S 't Hart, 'Demaat van eigenschuld, Ondernemingsrecht 2005', p. 127.
- 83 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 444; HR 8 april 1988, *NJ* 1988, 659; HR 1 juni 1990, *NJ* 1990, 578; HR 31 december 1993, *NJ* 1997, 592 m.nt. CJHB; HR 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214; HR 24 september 2004, *JOL* 2004, 481.

In de doctrine wordt gepleit om tot verdere normering met betrekking tot het leerstuk van eigen schuld te komen.⁸⁴ In dit kader kunnen ook de bekende 100%- en 50%-regel uit het verkeersrecht genoemd worden.⁸⁵ Zo kunnen vaststaande percentages worden aanhouden wanneer er sprake is van gelijke gevallen.⁸⁶ Bepaalde percentages kunnen zo worden toebedeeld wegens slachtofferbescherming, verzekeraarbaarheid of risicoaansprakelijkheid. Er wordt zelfs voorgesteld het eigen schuldverweer geheel af te schaffen.⁸⁷ Anderen verkiezen de weg van de proportionele aansprakelijkheid, waarbij de causale onzekerheid niet ten laste van een van de partijen wordt gebracht, maar over hen wordt verdeeld.

Om tot een betere schadeverdeling te komen is het mijns inziens belangrijk om stil te staan bij de aard van de wederzijdse normschending. Zo ontstaat bij gevaarzetting de schade niet door een op zichzelf staande fout van een van de partijen. Zowel de zelfbeschermingsplicht van het potentiële slachtoffer als de anticipatieplicht van de gevaarsetter aangaande fouten van potentiële slachtoffers is gericht op het wegnemen van dezelfde schadeoorzaak, namelijk de fout van het slachtoffer. Gedraging van de een is vaak een reactie op het handelen van de ander. Hierbij is vaak van belang hoe partijen zich hadden moeten voorbereiden op gevaarscheppend gedrag van hun wederpartij en hoe zij op elkaars handelen reageren.⁸⁸ Deze interactie tussen partijen brengt problemen met zich mee bij het waarderen van het handelen.⁸⁹

Het kan daarom moeilijk worden betoogd dat eigen schuld van de gelaedeerde een drempel vormt bij het aannemen van de aansprakelijkheid van de laedens. Volgens het gevaarzettingsleerstuk rust op de laedens juist een zorgplicht die tot anticiperen op het onvoorzichtige gedrag van potentiële slachtoffers verplicht. Eigen schuld doet aldus zijn invloed reeds gelden op de vestiging van de aansprakelijkheid en niet pas op de omvang

84 J.M. Barendrecht, 'Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 174 e.v.; J. Spier, 'De causale maatstaf van art. 6:101 BW', in: A.J.O. van Wassenauer van Catwijck e.a., *Eigen schuld bij onrechtmatige daad. De verdeelsleutel zoals neergelegd in art. 6:101 BW. Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1997*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 22-23; J.M. Smits, 'Van risico-aanvaarding en toestemming naar eigen schuld: een ontwikkeling naar billijkheid', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 224.

85 HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720 m.nt CJHB (Ingrid Kolkman); HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 m.nt. CJHB (Marbeth van Uitregt); HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 m.nt. CJHB (IZA/Vrerink).

86 J. Spier, 'De causale maatstaf van art. 6:101 BW', in: A.J.O. van Wassenauer van Catwijck e.a., *Eigen schuld bij onrechtmatige daad. De verdeelsleutel zoals neergelegd in art. 6:101 BW. Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1997*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 15-22.

87 A.R. Bloembergen, 'Eigen schuld bij letselschade: een verweer op zijn retour', in: A.J.O. van Wassenauer van Catwijck e.a., *Eigen schuld bij onrechtmatige daad. De verdeelsleutel zoals neergelegd in art. 6:101 BW. Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1997*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 5-13.

88 J.M. Barendrecht, 'Inleiding', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 8.

89 Vgl. A.J.O. van Wassenauer van Catwijck & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 58-60.

ervan.⁹⁰ Het zou bovendien inconsistent zijn om in het kader van aansprakelijkheid tot anticiperen te verplichten om vervolgens via het leerstuk van eigen schuld het verkregen resultaat weer weg te nemen.⁹¹ Slechts als het onvoorzichtige gedrag van het slachtoffer zo onwaarschijnlijk is dat een redelijk handelend persoon er geen rekening mee hoeft te houden, is de gevaarzetter van de aansprakelijkheid bevrijd.⁹² De anticipatieplicht wordt in ieder geval begrensd door opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van het slachtoffer.⁹³ Bij het bestaan van anticipatieplicht kan eigen schuld dus geen aanleiding geven tot het geheel vervallen van aansprakelijkheid. Een eventuele vermindering van de schadevergoedingsplicht wegens eigen schuld van de benadeelde zal verder afhangen van het bereik van de anticipatieplicht. Dit laatste zal nauw samenhangen met de wederzijdse verwachtingen in het kader van de speciale relaties die in de vorige subparagraaf zijn uiteengezet. De aard en strekking van een eventuele overeenkomst tussen de gevaarzetter en het slachtoffer spelen hierbij een grote rol.⁹⁴ Bijzondere aandacht dient ook te worden geschonken aan het feit dat de gevaarzetter een professionele partij is.⁹⁵ Deze hanteert namelijk een andere risicobenadering,⁹⁶ waarbij sprake kan zijn van fouten die de structuur van de organisatie betreffen.⁹⁷ De aard van het verwijt zal wezenlijk verschillen: een letselslachtoffer kan niet hetzelfde type verwijt worden gemaakt, wanneer hij een enkele keer niet goed heeft opgelet, als een dader die bepaalde gevaren structureel in het leven roept en zich daarvoor kan verzekeren of het risico kan spreiden.⁹⁸ Door deze verschillende positie van partijen ontstaan problemen van symmetrie in het kader van art. 6:101 BW. Een oplossing dient daarom te worden gezocht

-
- 90 G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 171.
- 91 J.M. Barendrecht, 'Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 155; Vgl. C.E.C. Jansen, 'Toerekening van "eigen schuld" in het contractenrecht', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 44; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 9-10.
- 92 HR 26 september 2003, NJ 2003, 660, r.o. 3.8 (Waterschap Zeeuwse eilanden/Royal Nederland Verzekeringen).
- 93 Vgl. A.J.O. van Wassenaeer van Catwijck & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 17-18.
- 94 C.E.C. Jansen, 'Toerekening van "eigen schuld" in het contractenrecht', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 31-56.
- 95 Vgl. R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen*, Deventer: Kluwer 1994.
- 96 Vgl. W. van Dinten, *Met gevoel voor realiteit. Over herkennen van betekenis bij organiseren*, Delft: Eburon 2002, p. 341 e.v.
- 97 W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- 98 Vgl. M. Faure & T. Hartlief, *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast. Een juridisch, gezondheidkundig en economisch onderzoek naar ontwikkelingen met betrekking tot de aansprakelijkheidslast en de consequenties voor verzekeraars naar aanleiding van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 1995, p. 283-337; A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 7-83.

in de verdergaande normering van onderlinge verantwoordelijkheid, waarbij voldoende rekening wordt gehouden met de hoedanigheid van de betrokken partijen en de aard van de gedraging. De aard van gedraging als maatstaf maakt het mogelijk om tot categorisering van bepaalde gevalstypen te komen. Ontwikkeling van bepaalde vaststaande percentages die als uitgangspunt kunnen dienen bij de verdeling van onderlinge verantwoordelijkheid, komt de voorspelbaarheid van het eindresultaat ten goede. Ik zou willen betogen dat indien de onrechtmatigheid van de gevaarsetter vaststaat, de anticipatieplicht zwaarder weegt dan de zelfbeschermingsplicht van het slachtoffer.⁹⁹ Het zou daarom logisch zijn om een verdelingsmaatstaf te kiezen die in het voordeel van het slachtoffer uitvalt. Als uitgangspunt kan dan gelden dat de schadetoekenning aan het slachtoffer in beginsel groter dan 50% dient te zijn. Toepassing van de billijkheidscorrectie biedt verder mogelijkheden tot nuancering.

7.7 Analyse en besluit

Het potentiële slachtoffer geniet een grote mate van bescherming in het gevaarzettingsrecht. Dit blijkt, naast de introductie van verschillende risicoaansprakelijkheden en het belang van de toepassing van verkeers- en veiligheidsnormen, waarin causaliteits-onzekerheid veelal op de laedens wordt afgewenteld, ook uit de eisen die gelden voor de anticipatieplicht en de effectieve zorg. Dit kan tot gevolg hebben dat enige tekortkoming snel wordt aangenomen, waardoor aansprakelijkheid van de gevaarsetter vaststaat.

De vergelijking met het Duitse en Engelse recht leert ons dat een soortgelijke ontwikkeling naar meer slachtofferbescherming zich ook in andere rechtsstelsels heeft voorgedaan. Duitsland kent een grote mate van slachtofferbescherming, die – in tegenstelling tot de Nederlandse situatie – tot stand is gekomen door de ontwikkeling van normen die zeer gedetailleerd en casuïstisch van aard zijn. Het Engelse recht is terughoudender bij het aannemen van positieve zorgplichten, met een grotere nadruk op de vrijheid van handelen.

Om te kunnen beoordelen of in Nederland sprake is van doorgeschoten paternalisme is het van belang om te bekijken hoe deze trend van slachtofferbescherming zich verhoudt tot de beginselen en doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht. Uit het uitgangspunt in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht dat een ieder zijn eigen schade draagt blijkt immers de autonomie en de eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer. Een verplichting tot meer ingrijpende voorzorgsmaatregelen dan alleen waarschuwen zou mede daarom slechts bij hoge uitzondering moeten worden aangenomen.

Mijns inziens is de eis van effectieve zorg echter niet makkelijk te scheiden van de plicht om het gevaar te reduceren of te elimineren. De plicht om effectief te waarschuwen houdt namelijk in dat de gevaarsetter zich daadwerkelijk dient in te spannen om het slachtoffer ervan te weerhouden om het gedrag te vertonen waaruit schade kan voortvloeien. Zowel in de rechtspraak en juridische doctrine (§ 4) als in de rechtspsychologische

99 Vgl. HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 (Rabobank/Everaars), r.o. 3.3; HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (Erven Kouwenberg/Rabobank), r.o. 3.6.3.

doctrine (§ 5) is het verband tussen de vraag welke zorg precies verwacht wordt van de gevaarzetter en het oordeel over de effectiviteit van voorzorgsmaatregelen, benadrukt. Dit brengt een zekere normenhierarchie met zich. Men moet zich namelijk afvragen of bepaalde voorzorgsmaatregelen in werkelijkheid tot gedragsaanpassing door potentiële slachtoffers en hierdoor tot gevaarvermindering zullen leiden. Door het belang van speciale preventie niet uit het oog te verliezen, kunnen extra prikkels tot risicoreductie worden afgegeven. Hierbij is het ook van belang dat slachtoffers met hun eigen schuld rekening dienen te houden. Alle partijen die invloed op het ontstaan of de verwezenlijking van het risico kunnen uitoefenen, dienen aldus optimaal aangespoord te worden gevaarvermijdend gedrag te tonen. Het doel van speciale preventie acht ik echter beperkt haalbaar gezien de cognitieve beperkingen van het slachtoffer. De eis van een effectieve prikkel om te voorkomen dat het slachtoffer ongewenste risico's aangaat brengt daarom een actieve zorgplicht voor de gevaarzetter mee om te onderzoeken of het potentiële slachtoffer de gevolgen van zijn handelen wel kan overzien. Anders zal hij het slachtoffer in staat moeten stellen om in enige mate aan risicoreductie te kunnen doen.

Dit is een behoorlijk zware zorgplicht, maar het is ook geen vorm van doorgeschoten paternalisme. De koers van de Hoge Raad sluit namelijk aan bij inzichten uit de psychologie en behavioral law and economics, dat waarschuwingen niet snel effectief zullen zijn, omdat – zoals uit § 5 blijkt – dit van veel factoren afhankelijk is. Gedacht kan worden aan de eigenschappen van de gewaarschuwde zelf, de vorm en inhoud van de waarschuwing en het context. Een verdergaande invulling van de zorgplicht is dan op zijn plaats. Als waarschuwen niet helpt bij mensen die wel bescherming verdienen, moet men andere maatregelen treffen. Deze maatregelen genieten dan de voorkeur, tenzij ze te duur zijn of het nut van de wenselijke activiteit aanzienlijk zouden beperken. Aangezien bepaalde inzichten uit rechtspsychologie duidelijk maken wanneer sprake is van effectieve zorg, zou het betrekken van empirisch bewijs in de rechtspraak ter onderbouwing van het oordeel over effectieve zorg wenselijk zijn.

Een belangrijk aandachtspunt vind ik het gebruik van open normen en kwalitatieve criteria om enerzijds de reikwijdte van de zorgplicht van de gevaarzetter en anderzijds om de omvang van de eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer vast te stellen. Hierdoor kan er gevaar van willekeur ontstaan. Bovendien is het resultaat van de rechterlijke afweging op voorhand niet gemakkelijk te voorspellen, waardoor er weinig concrete aanwijzingen bestaan over hoe men zich moet gedragen om aan aansprakelijkheid te ontkomen. De plaats van de anticipatieplicht binnen het spectrum van zorgplichten blijkt onduidelijk te zijn. In mijn visie kan dit echter worden verduidelijkt als wordt aanvaard dat bij bedrijfsaansprakelijkheid kan worden gevergd dat bedrijven nadenken over het voorkomen of minimaliseren van risico's. Een professionele partij heeft een zwaardere onderzoeksplicht ten aanzien van mogelijke veiligheidsalternatieven. Ingrijpen zal in beginsel prevaleren boven waarschuwen. Deze zwaardere zorgplicht voor bedrijven is gerechtvaardigd vanuit de overweging dat zij een andere benadering van risico's hanteren dan particulieren.

Ook de deling van onderlinge verantwoordelijkheid is thans ondoorzichtig. Het leerstuk van eigen schuld behandelt deze begrenzing van de reikwijdte van de onderlinge verantwoordelijkheid van dader en benadeelde. De voorspelbaarheid van deze uitkomst laat echter te wensen over. Zoeken naar een tussenoplossing geniet duidelijk de voorkeur boven een 'alles of niets'-redenering als het handelen van partijen met elkaar verweven

is. Wat partijen van elkaar kunnen verwachten ten aanzien van voorzorg en voorzichtigheid hangt van hun onderlinge relatie af. Hieruit blijkt de relevantie van de specifieke relatie tussen de gevaarsetter en het slachtoffer voor de verhouding anticipatieplicht en zelfbeschermingsplicht. Die relaties zijn gecategoriseerd in § 6.1. Mijns inziens is bij het formuleren van de anticipatieplicht de fout van het slachtoffer al verdisconteerd, waardoor eigen schuld verweer niet te zeer mag ingrijpen in de aansprakelijkheid zelf. Dat zou de voorspelbaarheid van de onderlinge verantwoordelijkheid ook beter maken. Een concretisering en verdere ontwikkeling van de gedragsnormen die aan partijen kunnen worden opgelegd, zoals in het Engelse en Duitse recht is gebeurd, strekt tot aanbeveling.

VIII Alternatieve geneeswijzen en de dwalende zorgconsument

Hans Mijster

Met betrekking tot geneeswijzen kan men stellen dat er drie soorten zijn: geneeswijzen die werken, geneeswijzen die niet werken en geneeswijzen waarvan we het niet weten.

Reguliere geneeswijzen behoren tot de eerste groep. Alternatieve geneeswijzen bevinden zich doorgaans in de tweede groep. Hoewel reeds veel onderzoek naar de bekendste alternatieve therapieën is uitgevoerd, is nog nooit, in een methodologisch correct uitgevoerd wetenschappelijk onderzoek, de werkzaamheid aangetoond. Daarnaast zijn medisch-wetenschappelijke principes doorgaans strijdig met de aangenomen principes achter alternatieve therapieën. Niettemin bezoekt ongeveer 1,8 miljoen Nederlanders jaarlijks een alternatieve behandelaar. Hier zijn aanzienlijke bedragen en veel verstoorde illusies mee gemoeid.

Doel van deze bijdrage is te onderzoeken of de individuele zorgconsument (patiënt) afdoende civielrechtelijke middelen heeft, ter bescherming tegen, in het beste geval, valse hoop en soms hoge kosten. Daarbij is tevens relevant of de patiënt extra civiele instrumenten dient te hebben ter verhoging van de weerbaarheid in een 'vrije' zorgmarkt. Voorts zal worden onderzocht of de overheid tekortschiet in haar bevorderende taak met betrekking tot de volksgezondheid.

Sinds de Wet BIG kan de zorgmarkt in principe door iedereen worden betreden. De wet leidt, althans op papier, tot een hoge mate van autonomie voor de patiënt/zorgconsument. Deze autonomie is zonder waarborgen echter slechts schijn. De patiënt dient over een grote hoeveelheid informatie en interpretatievermogen te beschikken om daadwerkelijk te bepalen hoe hij deze autonomie zou moeten hanteren. Het gebrek aan juist deze kennis en kunde is de reden dat patiënten hulp zoeken bij een behandelaar. Deze afhankelijkheid kenmerkt de zorgmarkt. Patiëntenautonomie is in dit licht gezien slechts een nobel streven maar niet realistisch.

De balans lijkt te worden hersteld door de paternalistische waarborgen van de WGBO. Hierin is bindend vastgelegd dat de behandelaar de gereedschappen om gebruik te kunnen maken van de autonome positie dient aan te reiken. Daarnaast biedt het Burgerlijk Wetboek nog diverse rechtsfiguren die, al dan niet in combinatie met de WGBO, als waarborg kunnen dienen. De zorgconsument lijkt hierdoor over afdoende civielrechtelijke middelen te beschikken, ter bescherming tegen de gevolgen van alternatieve geneeswijzen. In de praktijk worden deze middelen echter niet of nauwelijks benut waardoor de effectiviteit van deze middelen zich moeilijk laat voorspellen. De patiënt beschikt namelijk niet over afdoende informatie en is in zijn bijzondere toestand, gelet op het gebrek aan jurisprudentie, kennelijk niet assertief genoeg om van de waarborgen gebruik te maken. Pas wanneer er gezondheidsschade optreedt lijkt hij in verweer te komen. Ondertussen worden de bijzondere omstandigheden vrijwel ononderbroken 'misbruikt'.

Preventief paternalisme lijkt ten behoeve van deze kwetsbare groep dan ook dringend gewenst.

De overheid stelt zich echter passief op. Ook zij lijkt pas in verweer te komen wanneer gezondheidsschade is opgetreden. Preventief beleid krijgt slechts vorm door het ontwikkelen van informatieplatforms op internet. Informatieplatforms die gebrekkige en suggestieve informatie verstrekken.

8.1 Inleiding

In Nederland worden zeer veel soorten alternatieve geneeswijzen¹ toegepast. Naar schatting zijn tegenwoordig reeds meer dan 300 soorten alternatieve therapievormen bekend. Zij worden in Nederland beoefend door meer dan 12.000 personen² waaronder ca. 1000 artsen.³ Veel mensen zijn bekend met fenomenen als homeopathie en acupunctuur. Maar ook acupressuur, haptonomie, osteopathie, antroposofische geneeskunde, hypnotherapie, kleurbioresonantietherapie, paranormale genezing en magneettherapie behoren tot de groep min of meer bekende alternatieven voor reguliere therapieën.

Met betrekking tot geneeswijzen kan men kort gezegd stellen dat er drie soorten zijn;⁴ geneeswijzen die werken, geneeswijzen die niet werken en geneeswijzen waarvan we het niet weten.

Reguliere geneeswijzen behoren tot de eerste groep. De effecten en beperkingen van de reguliere therapieën zijn bekend en zij worden slechts toegepast na een periode van onderzoek waarin de (neven)effecten zijn komen vast te staan.

Alternatieve geneeswijzen bevinden zich in de tweede en derde groep. Hoewel reeds bijzonder veel onderzoek is uitgevoerd naar de werkzaamheid van bijvoorbeeld acupunctuur en/of homeopathie, is nog nooit in een methodologisch correct uitgevoerd wetenschappelijk onderzoek (dubbelblind, placebo-gecontroleerd, voldoende grote controlegroepen) de werkzaamheid, of iets wat daar op lijkt, aangetoond. Uit de talrijke methodologisch correct uitgevoerde onderzoeken blijkt zonder uitzondering juist de onwerkzaamheid van deze therapievormen.⁵ Niettemin bezoekt ongeveer 1,8 miljoen

1 De term 'alternatieve geneeswijzen' dateert uit 1977. De overheid riep toen een ministeriële commissie 'voor alternatieve geneeswijzen' in het leven, onder leiding van Piet Muntendam. Piet Muntendam was de voormalige directeur-generaal van volksgezondheid ten tijde van de 'softenon-affaire'. Zie ook: J.K. van der Korst, 'Muntendam, Pieter (1901-1986)', in: *Biografisch Woordenboek van Nederland*, Den Haag: Instituut voor Nederlandse Geschiedenis 2002, <www.inghist.nl/Onderzoek/Projecten/BWN/lemmata/bwn4/muntendam>.

2 C.P. van der Smagt, 'Alternatieve geneeswijzen', *Nederlands Tijdschrift tegen de Kwakzalverij* 28 mei 2001, integraal raad te plegen op <www.kwakzalverij.nl/152/Alternatieve_Geneeswijzen>.

3 F.C.B. van Wijmen & N.P.Y.M. de Bijl, 'Veiligen wel, een rapport over bescherming van burgers tegen gevaarlijke zorgpraktijken', *Medische diagnose achtergrondstudies*. Zoetermeer: RVZ 2005, p. 59.

4 S. Barret, 'Be wary of alternative health methods', *Quackwatch*, 2004, integraal raad te plegen op <www.quackwatch.org/01QuackeryRelatedTopics/altwary.html>.

5 Zie onder andere: E.S. de Lange-de Klerk e.a., 'Effect of homoeopathic medicines on daily burdens of symptoms in children with recurrent upper respiratory tract infections', *British Medical Journal* 1994-309, p. 1329-1332; N.E. Foster e.a., 'Acupuncture as an adjunct to exercise based physiotherapy for osteoarthritis of the knee: randomised controlled trial', *British Medical Journal* 2007-335, p. 436; A. Shang e.a., 'Are the clinical effects of homoeopathy placebo effects? Comparative study of placebo-controlled trials of homoeopathy and allopathy', *Lancet*

Nederlanders jaarlijks een alternatieve behandelaar.⁶ Er gaat dan ook bijzonder veel geld, grof geschat tussen de één en twee miljard euro,⁷ in deze alternatieve tak van de gezondheidszorg om.

Zorgverzekeraars bieden vaak dekking voor alternatieve geneeswijzen door aanvullende verzekeringen.⁸ De zorgverzekeraars komen hiermee tegemoet aan een vraag uit de maatschappij. De vergoeding door zorgverzekeraars en de beoefening door artsen doen het daarbij voorkomen alsof alternatieve geneeswijzen salonfähig zijn. Dit zou vervolgens meer vraag kunnen creëren⁹ waarbij de patiënt denkt: 'baat het niet dan schaadt het niet'.¹⁰

Niettemin stellen velen zich, in soms niet mis te verstane bewoordingen, tegen de praktisering van alternatieve geneeswijzen teweer. Reeds op 1 januari 1881 werd de, nog steeds actieve, Vereniging tegen de Kwakzalverij opgericht. Vele hoogleraren, artsen en wetenschappers (veelal gezien als natuurlijke tegenstanders) vechten hun strijd uit op het internationale veld van de geneeskunde- en wetenschapsliteratuur.

Vreemd genoeg zijn het juist de alternatieve behandelaars die het juridische strijdtoneel lijken te kiezen omdat zij zich in deze discussie onheus bejegend voelen. Deze juridische procedures verlopen met wisselend succes. Enerzijds worden, op grond van de vrijheid van meningsuiting, kwalificaties als: 'kermiskettinkje' dat wordt aangeboden door 'een oude zigeuner in een pak' betreffende de 'biostabil'¹¹ door de Rechtbank Groningen 'niet onbetamelijk' geacht.¹² Anderzijds acht het Hof Amsterdam de kwalificatie 'kwakzalver' ongepast in het geval van een alternatieve genezer die beweert door manipulatie van de wervelkolom zelfs hartziekten te genezen.¹³

Het debat over de werkzaamheid lijkt te worden gevoerd op verschillende strijdtoneelen en over de hoofden van patiënten heen. Dit terwijl bij iedere behandeling sowieso sprake kan zijn van schade (materieel, valse hoop, verstoord acceptatieproces) wanneer

2005-366, p. 726-732; A.R. White, H. Rampes & E. Ernst, 'Acupuncture for smoking cessation', *The Cochrane Library* 2003-4; T.C. Medici e.a., 'Acupuncture and bronchial asthma: a long-term randomized study of the effects of real versus sham acupuncture compared to controls in patients with bronchial asthma', *J Altern Complement Medicine* 2002-6, p. 737-750; A.R. White, H. Rampes & J.L. Campbell, 'Acupuncture and related interventions for smoking cessation', *Cochrane Database of Systematic Reviews*, 2006-1, p. CD000009.

6 E. Mac Gillavry (RIVM), 'Contact met alternatieve genezer 2000-2003', *Volksgezondheid Toekomst Verkenning, Nationale Atlas Volksgezondheid*. Bilthoven: RIVM, 7 december 2004, integraal te raad plegen op <http://www.rivm.nl/vtv/object_map/01150n21254.html> en: Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, 'Medische diagnose: kiezen voor deskundigheid', *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg aan de minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 2005, p. 16.

7 C.P. van der Smagt, 'Alternatieve geneeswijzen', *Nederlands Tijdschrift tegen de Kwakzalverij* 28 mei 2001, integraal te raadplegen op <www.kwakzalverij.nl/152/Alternatieve_Geneeswijzen>.

8 Zie <<http://www.verzekeringssite.nl/zorgverzekering/vergelijken>>.

9 Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, 'Medische diagnose: kiezen voor deskundigheid', *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg aan de minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 2005, p. 31.

10 L.S. Smit & Ph. Scheltens, 'Baat het niet dan schaadt het misschien wel', *Nederlands Tijdschrift voor Neurologie* 2000-1, p. 29.

11 Zie <www.biostabil.net>, geraadpleegd op 22 juni 2008.

12 Vzr. Rb. Groningen 25 mei 2004, *LJN AO9943*.

13 Hof Amsterdam 31 mei 2007, *LJN BA6412*.

ervan wordt uitgegaan dat er geen sprake is van een effectieve behandeling (baat het niet dan schaadt het wel). Dit nog los van het feit dat er, getuige de Sylvia Millicam-casus,¹⁴ ook ernstige gezondheidsschade op kan treden.

Doel van deze bijdrage is te onderzoeken of de individuele zorgconsument afdoende civielrechtelijke middelen heeft, ter bescherming tegen, in het beste geval, valse hoop en tegen soms hoge kosten. Daarbij is tevens relevant of de patiënt extra civiele instrumenten dient te hebben om zichzelf weerbaar op te kunnen stellen jegens alternatieve genezers in een 'vrije' zorgmarkt. Voorts zal worden onderzocht of de overheid tekortschiet in haar 'bevorderende'¹⁵ taak met betrekking tot de volksgezondheid.

Voordat wordt toegekommen aan de beantwoording van de opgeworpen vragen zal eerst globaal geschetst worden hoe patiëntenautonomie en patiëntenbescherming in Nederland zijn vormgegeven (§ 2 en § 3). Vervolgens zullen enkele kenmerkende gegevens over patiënten worden weergegeven (§ 4), om hierna nader op specifieke wetgeving in te gaan (§ 5). Aansluitend worden de rol van de arts en het werkingsmechanisme achter alternatieve behandelmethoden in juridisch perspectief beschouwd (§ 6 en § 7). Tenslotte zal deze informatie gekoppeld worden aan diverse civiele rechtsfiguren (§ 8).

8.2 De autonome patiënt

In menig publiek debat is de roep om deregulering hoorbaar. Vaak wordt gesteld dat er te veel 'regeltjes' zijn en dat burgers bijzonder goed in staat zijn keuzes te maken zonder inmenging van de overheid.

In de gezondheidszorg is met de komst van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (§ 5.1) duidelijk ingezet op liberalisering van de 'zorgmarkt'. In het licht van deze liberalisering wordt steeds vaker gesproken over 'zorgconsumenten'. Zij worden voorgesteld als 'mondige patiënten' die 'in het reguliere of het alternatieve circuit terecht moeten kunnen bij de hulpverlener van wie zij het meeste heil verwachten' waarbij de keuzevrijheid 'niet verder moet worden ingeperkt dan noodzakelijk'.¹⁶

In beginsel mag iedereen zich sindsdien als behandelaar op de zorgmarkt begeven. Het monopolie van artsen lijkt doorbroken. Het beschermingsmechanisme in de Wet is niet meer gericht op het beroep maar op de titel. Het gevolg hiervan is dat de medische handelingen, zoals het stellen van een diagnose, geen bescherming meer genieten. Wel geniet de titel bescherming. Niet iedereen kan zich daarom zomaar arts noemen. De consument is vrij om te kiezen maar weet altijd wanneer een behandelaar zou moeten beschikken over de vereiste deskundigheid (met titel) of niet (zonder titel). Slechts wanneer een handeling valt onder de 'voorbehouden handelingen'¹⁷ is de keuzevrijheid van de zorgconsument beperkt.

¹⁴ Zie voor meer informatie het rapport van de inspectie voor de gezondheidszorg: IGZ, *De zorgverlening aan S.M., een voorbeeldcasus*, Den Haag: IGZ 2004, p. 1-101.

¹⁵ Artikel 22, eerste lid van de Grondwet.

¹⁶ Ministerie van VWS, *De wet BIG, hoofdlijnen van de wet beroepen in de individuele gezondheidszorg*, Rijswijk: Ministerie van VWS 1996, p. 2.

¹⁷ Handelingen bedoeld in hoofdstuk IV van de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg. Zie hiervoor § 5.1 van deze bijdrage.

Keuzevrijheid is essentieel omdat de patiënt, in principe, het recht heeft te beschikken over het eigen leven. Dit zelfbeschikkingsrecht is een algemeen rechtsbeginsel.¹⁸ Het zelfbeschikkingsrecht is vastgelegd in artikel 11 van de Grondwet. Hierin staat dat eenieder, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht heeft op on-aantastbaarheid van het menselijk lichaam. Letterlijk lijkt deze bepaling gericht op het voorkomen van aantasting van het lichaam door anderen. Hiermee is nog niet het recht op actieve zelfbeschikking gepositieerd. De parlementaire geschiedenis leert echter dat de onaantastbaarheid van het lichaam tevens inhoudt dat men het recht heeft zelf over het lichaam te kunnen beschikken.¹⁹

Meer specifiek in dit verband heeft de Raad van Europa bij de conventie over mensenrechten en medische biologie in artikel 1 vastgelegd dat de waardigheid en identiteit van alle mensen beschermd dienen te worden.²⁰ Hierbij moet worden gegarandeerd dat iedereen, zonder onderscheid, respect geniet voor zijn integriteit en andere rechten en fundamentele vrijheden met betrekking tot de toepassing van biologie en geneeskunde. Ook de World Health Organisation heeft een leidraad gegeven om patiëntenrechten (als 'fundamentele mensenrechten') in de Europese gezondheidszorg opnieuw te bevestigen. Ook hierin wordt onomwonden gesteld dat iedereen het recht heeft op zelfbeschikking.²¹

De patiëntautonomie kent echter grenzen. Vrijwel iedere Staat heeft beperkingen gesteld aan het recht op zelfbeschikking. Denk hierbij bijvoorbeeld aan zelfdoding en euthanasie.

8.3 De beschermde patiënt

Toen in 1865 de Wet op de uitoefening van de Geneeskunst²² (verder: WUG) tot stand kwam had het platteland een tekort aan artsen en heerste er relatief veel armoede. Patiënten wendden zich daarom tot goedkope kwakzalvers met vaak nadelige gevolgen voor hun gezondheid. Bijgevolg waren artsen, door het gebrek aan cliëntèle, niet in staat een bloeiende praktijk op te bouwen.²³ De WUG maakte de geneeskunde tot het exclusieve terrein van artsen. De invoering was met veel discussie omgeven. Sommigen vonden dat de overheid zich niet met de geneeskunst moest bemoeien daar dit tot de

18 H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht deel I*, Houten/Antwerpen: Bohn Stafleu van Loghum 2000, p. 23.

19 Nota van de Regering van 22 januari 1979 n.a.v de Grondwetsherziening. *Kamerstukken II* 1978/79, 15 463, nr. 1, p. 5.

20 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de waardigheid van de mens met betrekking tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde: Verdrag inzake de mensenrechten en de biogeneeskunde, Oviedo, 4 april 1997, *Trb.* 1997, 113.

21 Artikel 1.2 van 'A declaration on the promotion of patients' rights in Europe', Amsterdam 28-30 maart 1994. <http://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf>.

22 Wet op de uitoefening van de Geneeskunst, Stb. 1865, 60.

23 N.P.Y.M. de Bijl, *Toelating tot de geneeskundige beroepsuitoefening en tot het beroepsmatig verrichten van geneeskundige handelingen: bescherming en keuzevrijheid van de patiënt* (diss. Utrecht), Lelystad: Koninklijke Vermande, 2000, p. 50.

particuliere sfeer behoorde²⁴ en dat de overheid ‘meer vertrouwen moest stellen in het gezond verstand der natie’.²⁵ Liberaal Tweede-Kamerlid Van Bosse stelde zelfs dat mensen nu eenmaal behoefte hebben om zich te laten bedriegen.²⁶ Niettemin werd met de WUG gekozen voor een systeem waarin de patiënt werd beschermd tegen het gebruik van medische alternatieven omdat er een vrij brede consensus bestond over de noodzaak het ‘kwaad van de kwakzalverij’ te moeten bestrijden.²⁷

Bovenstaande discussie lijkt nog steeds niet verstomd en de overheid bevindt zich ook nu in een ambivalente positie. Waar enerzijds het recht op zelfbeschikking van de burger dient te worden gerespecteerd heeft zij aan de andere kant de Grondwettelijke taak maatregelen te nemen ter bevordering van de volksgezondheid.²⁸ Wanneer men, in het kader van de actieve opdracht om maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid te nemen, spreekt over beperking van het zelfbeschikkingsrecht, is het goed te beseffen dat de geneeskunde, net als het recht, een casuïstisch vakgebied is. Vele omstandigheden van het geval kunnen van invloed kunnen zijn op de behandeling en de prognose. De geneeskunde is daarnaast een complex vakgebied. Een gekwalificeerd medisch specialist heeft minimaal tien jaar academische opleiding genoten. Het is dan ook niet verwonderlijk dat bij een patiënt niet dezelfde kennis verondersteld kan worden. Om onderbouwde afwegingen te kunnen maken inzake therapieën en hun effecten gerelateerd aan de wenselijkheid daarvan voor de patiënt en de medische ethiek, is deze kennis wel noodzakelijk. Teneinde, in het belang van de patiënt, de meest gunstige prognose te bewerkstelligen is het daarom niet verwonderlijk dat bepaalde handelingen in de gezondheidszorg voorbehouden zijn aan deskundigen die aantoonbaar over de benodigde kennis beschikken.

Van een patiënt kan, redelijkerwijs, niet verwacht worden gebaseerd op complexe inhoudelijke kennis een afweging in het eigen belang te maken. Geconfronteerd met een ongunstige diagnose en eventuele onbehandelbaarheid kan, gelet op de beperkingen van de reguliere geneeskunde en kennisgebrek bij de patiënt, menselijkerwijs van dezelfde patiënt moeilijk verwacht worden niets te doen. Dit zou resulteren in passief wachten op een wonder of de eventueel onvermijdelijke achteruitgang en zelfs de dood. In zo’n situatie wordt zelfs de meest nuchtere patiënt kwetsbaar. Dit leidt ertoe dat hij wellicht niet meer in staat moet worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen, die nodig is voor het maken van een efficiënte keuze.

Het voornaamste beschermingsmechanisme van de patiënt is gelegen in het recht op informatie. Dit informatierecht is middels de Wet op de geneeskundige behandelingsover-

24 *Kamerstukken II*, 62ste zitting – 21 maart XV. Regeling van het geneeskundig Staatstoezigt enz., *Bijblad Nederlandse Staatscourant*, 1864-1865.II, p. 695-701.

25 *Kamerstukken II*, 62ste zitting – 21 maart XV. Regeling van het geneeskundig Staatstoezigt enz., *Bijblad Nederlandse Staatscourant*, 1864-1865.II, p. 698.

26 *Kamerstukken II*, 62ste zitting – 21 maart XV. Regeling van het geneeskundig Staatstoezigt enz., *Bijblad Nederlandse Staatscourant*, 1864-1865.II, p. 698.

27 N.P.Y.M. de Bijl, *Toelating tot de geneeskundige beroepsuitoefening en tot het beroepsmatig verrichten van geneeskundige handelingen: bescherming en keuzevrijheid van de patiënt* (diss. Utrecht), Lelystad: Koninklijke Vermande, 2000, p. 54.

28 Artikel 22 van de Grondwet.

eenkomst vastgelegd in het Burgerlijk Wetboek.²⁹ Het informatierecht van de patiënt en de daarmee samenhangende plicht voor de hulpverlener informatie te verstrekken, heffen de informatieachterstand van de patiënt in zekere zin op en zijn daarmee te zien als voorwaarde voor uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht. In de literatuur worden hierbij wel kanttekeningen geplaatst.³⁰ Naast het verkleinen van het kennisverschil wordt namelijk tevens de afhankelijkheid van de patiënt benadrukt omdat deze voor zijn informatie grotendeels afhankelijk is van de behandelaar tegen wie hij het informatierecht geacht wordt te doen gelden. Niettemin is informatieoverdracht de beste, zij het beperkte, bescherming bij de uitoefening van het recht op zelfbeschikking. Het blijkt bijzonder complex om een deugdelijke informatieoverdracht in de behandelaar-patiëntrelatie tot stand te laten komen.³¹ De gemiddelde (korte) duur van het contact³² en de complexiteit van de informatie maken een goede informatieoverdracht niet eenvoudiger.

8.4 Wie is de patiënt?

Hoewel geen medisch-wetenschappelijke onderbouwing bestaat voor de toepassing van alternatieve geneeswijzen, laten veel patiënten zich alternatief behandelen. Gemiddeld maakt 6,6% van de Nederlanders gebruik van alternatieve geneeswijzen.³³ Dit percentage ligt onder chronisch zieken aanzienlijk hoger. In deze groep bezoekt gemiddeld 13% een alternatieve genezer. Met name vrouwen in deze groep lijken gevoelig te zijn voor het alternatief met een bezoekpercentage van 18%.³⁴

Ook bij niet-chronisch zieken zijn vrouwen oververtegenwoordigd. Wanneer men een snelle analyse maakt worden de volgende zaken duidelijk;³⁵

- Het percentage mensen dat contact heeft met alternatieve genezers wordt verhoogd van 6,6% tot 11,3% wanneer men raadplegers van alternatief werkende huisartsen meetelt.
- De patiënt/raadpleger heeft gemiddeld 6,3 contacten per jaar met de alternatieve genezer.

²⁹ Artikel 7:446 tot en met 468 BW.

³⁰ H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht deel I*, Houten/Antwerpen: Bohn Stafleu van Loghum 2000, p. 191.

³¹ Zie bijvoorbeeld: M.A.F. Nievaard e.a., 'Redenen voor patiënten om (niet) te participeren in klinische trials: een systematisch literatuuroverzicht', *Nederlands tijdschrift voor Geneeskunde* 2004, p. 186-189.

³² In Nederland is de gemiddelde duur van bijvoorbeeld een huisartsenconsult volgens eigen opgave 10,2 minuten. Bron: J. van der Zee, M. Kroneman & W. Boerma, 'De Nederlandse huisarts in Europees perspectief', *Huisarts en wetenschap* 2004-47, p. 266-273.

³³ E. Mac Gillavry (RIVM), 'Contact met alternatieve genezer 2000-2003', *Volksgezondheid Toekomst Verkenning, Nationale Atlas Volksgezondheid*. Bilthoven: RIVM, 7 december 2004, <www.rivm.nl/vtv/object_map/01150n21254.html>.

³⁴ Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, 'Medische diagnose: kiezen voor deskundigheid', *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg aan de minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 2005, p. 18.

³⁵ Centraal Bureau voor de Statistiek, *Vademecum Gezondheidsstatistiek* 2003, Voorburg/Heerlen: CBS 2003, p. 150-151 en CBS-Statline: <<http://statline.cbs.nl/StatWeb/start.asp?KEYWORDS=vademecum+gezondheidsstatistiek&BOOL=o&LA=NL&DM=SLNL&lp=Search/Sresults>>.

- Vrouwen zijn oververtegenwoordigd met een percentage (inclusief huisartsen) van 13,5% raadplegers.³⁶
- Hoger opgeleiden (HBO/WO) maken meer gebruik van alternatieve diensten. (10,5% i.t.t. 4,0% bij lager onderwijs).
- Voorheen-particulier-verzekerden (hogere inkomensklasse) zijn eveneens oververtegenwoordigd.³⁷
- Mensen in de leeftijd van 45 tot en met 64 jaar maken het vaakst gebruik van alternatieven.³⁸

Het feit dat chronisch zieken veel vaker gebruikmaken van alternatieven is volgens onderzoekers gelegen in de omstandigheid dat patiënten weinig grip hebben op de technische aanpak in de reguliere geneeskunde.³⁹ Zij vinden het van belang zelf iets te ondernemen en willen alle mogelijke middelen uitputten wanneer zij zich geconfronteerd zien met een niet te genezen ziekte. De normen en waarden van deze groep sluiten beter aan op een meer holistische en spirituele aanpak.⁴⁰ Het appelleert sterk aan het gevoel van de chronisch zieke en uitbehandelde patiënt dat 'kan niet' niet bestaat. De alternatieve sector laat zich namelijk niet leiden door natuurkundige wetmatigheden.⁴¹ Hierdoor is zelfs de meest rationeel-economisch denkende patiënt, gelet op de zeer hoog ingeschatte waarde van het eigen leven en welzijn, bereid verwaarloosbaar kleine kansen hoog te waarderen.⁴² Dit maakt chronisch zieke patiënten tot een kwetsbare groep die bijzonder gevoelig is voor beloften en aanspraken van alternatieve genezers.

In het algemeen valt in dit verband te zeggen dat door de ontwikkelingen in de gezondheidszorg steeds meer een groot, log en bureaucratisch apparaat is geschapen. De gewenste efficiency en keuzemogelijkheden in de zorg gaan gepaard met een grote verantwoordingsbehoefte richting zorgverzekeraars, ambtenaren en vakbroeders. Dit

36 Bij mannen bedraagt dit percentage 9%. Vrouwen blijken sowieso meer gebruik te maken van de gezondheidszorg, welke cijfers men ook vergelijkt (bijvoorbeeld contacten met de specialist, dagverplegingopnamen en privé-ongevallen). De bovenstaande oververtegenwoordiging van vrouwen lijkt hier dan ook niet mee uit de pas te lopen.

37 Tussen het aantal hoger opgeleiden en het aantal voorheen-particulier-verzekerden lijkt vanwege de hogere inkomensklasse, die doorgaans het gevolg is van een hogere opleiding, ook een verband te bestaan.

38 In deze leeftijdsklasse zijn meer gezondheidsproblemen dan bij jongeren. Tevens kent deze leeftijdsklasse doorgaans meer zelfredzaamheid en zelfbewustzijn m.b.t. de gezondheidszorg dan de ouderen.

39 Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, 'Medische diagnose: kiezen voor deskundigheid', *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg aan de minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 2005, p. 20.

40 Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, 'Medische diagnose: kiezen voor deskundigheid', *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg aan de minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 2005, p. 20-21.

41 R.J.H. Crommentuyn, 'Vissen in de prullenbak van de geneeskunde', *Medisch contact* 2004, p. 1944-1946.

42 Deze economische ratio wordt ondersteund door Noors onderzoek (T. Risberg e.a., 'Does use of alternative medicine predict survival from cancer?', *European Journal of Cancer*, 2003, p. 372-377). Zo bleek dat kankerpatiënten die gebruikmaken van alternatieve geneeswijzen een kortere levensverwachting hebben. Als verklaring wordt genoemd dat zij de ernst van de situatie beter inschatten dan hun (reguliere) artsen.

uit zich in de implementatie van vele regelsystemen. De belangen van hulpverleners, administraties en verzekeraars bij deze systemen kunnen de belangen van patiënten verdringen en ondergeschikt maken,⁴³ waarbij overmatige routinisering, onverschilligheid of botte afstandelijkheid op de loer liggen.⁴⁴ Dit versterkt nog meer de behoefte aan een aanpak waarbij de patiënt centraal staat.

8.5 Wetgeving en overheid

De overheid rekent de zorg voor de volksgezondheid reeds geruime tijd tot haar taak.⁴⁵ Hierdoor zijn vele wettelijke regelingen tot stand gekomen. Het is moeilijk om hieruit een duidelijk mensbeeld van de wetgever te destilleren. Hiervoor zijn drie redenen te noemen:⁴⁶

- Wisselende doelstellingen en opvattingen van de wetgever gedurende een lange wetgevingsperiode.
- Als gevolg van bovenstaande zijn samenhangende regelingen niet in samenhang ontworpen en behandeld.
- Zelden is er sprake van explicitering van het mensbeeld van de wetgever in het kader van het wetgevingsproces.

In het algemeen kan men stellen dat de wetgever vrij optimistisch is met betrekking tot de kunde en kennis van de patiënt. Het zelfbeschikkingsrecht en de autonomie van de patiënt lijken voorop te staan. Men gaat uit van een patiënt die zijn rechten doorgrondt en hier navenant mee omgaat, een ideaaltypisch autonoom mensbeeld. Rechtswetenschappers plaatsen hier nadrukkelijk kanttekeningen bij. Men spreekt van overschatting van de patiënt waarbij voorbij gegaan wordt aan het feit dat patiënten vaak zelf de voorkeur geven aan ondersteuning bij het maken van keuzen, vaak onmachtig zijn en hierdoor de neiging hebben 'strohalmen' aan te grijpen. Tevens spelen vele psychologische factoren een rol die mensen het maken van keuzen bemoeilijken.⁴⁷

43 H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht deel I*. Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2000, p. 14-15.

44 C. Ippel, 'Het gewicht van het gezondheidsrecht', in: P.C. Ippel, T. Hartlief & P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht: betekenis en positie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 32; R. Steenhorst, 'Dokters vinden elkaar arrogant', *De Telegraaf* 4 april 2008; M. Trappenburg, *Gezondheidszorg en democratie* (oratie Rotterdam), Rotterdam: Erasmus MC 2005, p. 21-27.

45 Het ministerie van Binnenlandse Zaken was reeds vanaf 1801 verantwoordelijk voor de volksgezondheid en de armenzorg. <www.minvws.nl/organisatie/geschiedenis/>, geraadpleegd op 22 juni 2008.

46 J. Legemaate, 'patiëntenrechten in wetgeving en rechtspraak', in: *Staat van de gezondheidszorg 2006: patiëntenrechten*, Utrecht: IGZ 2006, p. 11-15.

47 J. Legemaate, 'patiëntenrechten in wetgeving en rechtspraak', in: *Staat van de gezondheidszorg 2006: patiëntenrechten*, Utrecht: IGZ 2006, p. 11-15.

8.5.1 De Wet BIG

Doel van de Wet op de uitoefening van de Geneeskunst (WUG) was het beschermen van de patiënt tegen de effecten van de onbekwaam uitgeoefende geneeskunst. In 1993 is de WUG door de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (verder: Wet BIG) opgevolgd.

De Wet BIG is een kaderwet die als doelstelling heeft 'de kwaliteit van de beroepsuitoefening te bevorderen en te bewaken en de patiënt te beschermen tegen ondeskundig en onzorgvuldig handelen door beroepsbeoefenaren'.⁴⁸ Een belangrijk uitgangspunt was het geven van vrijheid aan de patiënt om zelf de keuze van zijn hulpverlener te maken en deze keuze niet verder in te perken dan strikt noodzakelijk.⁴⁹ Zoals reeds eerder vermeld, is de meest essentiële implicatie van de Wet BIG dat eenieder wordt toegelaten tot het uitoefenen van de geneeskunst behoudens enkele met name genoemde handelingen. Dit lijkt op gespannen voet te staan met de wens de patiënt te beschermen tegen ondeskundig en onzorgvuldig handelen.

De invoering van de Wet BIG is dan ook niet slechts ingegeven door de wens van meer keuzevrijheid. Essentieel bij de totstandkoming was het feit dat een behoorlijke handhaving van de integrale strafbepaling omtrent het onbevoegd uitoefenen van de geneeskunst onmogelijk bleek. Hierdoor werd het vertrouwen van de burger in de wetgever verzwakt.⁵⁰ Voorts was men van mening dat strafbepalingen slechts nodig waren indien (gezondheids) schade aan de patiënt was ontstaan. Men koos derhalve voor repressie in plaats van preventie.⁵¹ In dit kader heeft men bepaalde medische handelingen van de aanvankelijke vrijheidsgedachte uitgezonderd en strafbaar gesteld bij onbevoegde uitoefening.⁵² Deze handelingen moesten voldoen aan drie criteria:⁵³

- Aanmerkelijk gevaar voor leven en gezondheid van patiënten bij het handelen door ondeskundigen;
- Duidelijk af te grenzen handeling. Wat men wil voorbehouden, moet duidelijk uit de omschrijving blijken;
- De handelingen moeten ook door onbevoegden (lees: ondeskundigen) *kunnen* worden uitgevoerd. Het heeft geen zin handelingen voor te behouden die ondeskundigen nimmer zullen en, door gebrek aan faciliteiten, kunnen uitvoeren.

Met betrekking tot het eerste criterium heeft men uitvoerig gediscussieerd of acupunctuur en psychotherapie, in potentie, niet dermate schadelijk waren dat zij niet vrijgegeven konden worden. Men koos echter voor de pragmatische aanpak en dacht dat het wel

48 Ministerie van VWS, *De wet BIG, hoofdlijnen van de wet beroepen in de individuele gezondheidszorg*, Rijswijk: Ministerie van VWS 1996, p. 2.

49 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 522, nr. 3 (MvT), p. 14.

50 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 522, nr. 3 (MvT), p. 13-16.

51 N.P.Y.M. de Bijl, *Toelating tot de geneeskundige beroepsuitoefening en tot het beroepsmatig verrichten van geneeskundige handelingen: bescherming en keuzevrijheid van de patiënt*. (diss. Utrecht), Lelystad: Koninklijke Vermande, 2000, p. 66.

52 Artikel 97 van de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg.

53 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 522, nr. 3 (MvT), p. 40.

mee zou vallen.⁵⁴ Duidelijk is dat handhaafbaarheid en strafbaarstelling voorop stonden en preventie onder de eigen verantwoordelijkheid van de burger kwam te vallen. De strafbaarstelling binnen de ‘liberale’ Wet BIG staat onder andere in artikel 96, eerste lid. Strafbaarheid ontstaat onder andere indien een behandelaar:

‘bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg buiten noodzaak schade of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt’.

Hoewel de handhaafbaarheid en strafbaarstelling voorop stonden bij de invoering, wordt vooralsnog bijzonder weinig gebruik gemaakt van het strafrechtelijk instrumentarium.⁵⁵

8.5.2 De WGBO

Centraal in de relatie tussen patiënt en behandelaar staat de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling. De relatie is geregeld middels de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (verder: WGBO) die in 1995 in werking is getreden. De behandelingsovereenkomst is als volgt omschreven in artikel 7:446 BW, eerste lid:

‘(...) de overeenkomst waarbij (...) de hulpverlener, zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf tegenover een ander, de opdrachtgever, verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst (...).

Het tweede lid omschrijft de geneeskundige behandeling:

‘(...) alle verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen – rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende hem van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te beoordelen (...)

De bepalingen van de WGBO zijn dwingendrechtelijk van aard. De WGBO is geplaatst in het Burgerlijk Wetboek (Titel 7: opdracht) waardoor de algemene regels van het Burgerlijk Wetboek eveneens gelden.

Essentieel onderdeel van de WGBO is het ‘goed hulpverlenerschap’.⁵⁶ De hulpverlener dient te handelen volgens de geldende professionele standaard. Hiermee is in de WGBO bedoeld de medisch-professionele standaard⁵⁷ die nader omschreven het volgende inhoudt:

54 G.P.M. Raas, ‘Medische diagnose als voorbehouden handeling in de wet BIG’, *Medische diagnose achtergrondstudies*, Zoetermeer: RVZ 2005, p. 117.

55 Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, ‘Medische diagnose: kiezen voor deskundigheid’, *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg aan de minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 2005, p. 35.

56 Artikel 7:453 BW.

57 H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht deel I*. Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2000, p. 187.

‘medisch geïndiceerd met het oog op een concreet behandelingsdoel, rechtstreekse relatie tussen ziekteverschijnselen en toe te passen diagnostiek en tussen diagnostiek en therapie’.⁵⁸

Gelet op de omschrijvingen van de behandelovereenkomst en de geneeskundige behandeling valt ook de alternatieve behandeling hieronder.⁵⁹ Dit zou inhouden dat ook niet-medici gehouden zouden zijn aan de medisch professionele standaard. Dit terwijl zij, zeker als niet-arts, niet in staat moeten worden geacht om hieraan te kunnen voldoen, wegens opleidingsdeficiëntie. De Hoge Raad interpreteert de professionele standaard civielrechtelijk als de ‘zorgvuldigheid die mag worden verwacht van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot’.⁶⁰ Deze definities hoeven niet uiteen te lopen indien de beroepsgenoot een arts is. Met betrekking tot de alternatieve behandelaar-niet-arts lijkt een lacune te bestaan.⁶¹ Critici merken dan ook op dat geen invulling wordt gegeven aan goed hulpverlenerschap in relatie tot alternatieve behandelmethoden.⁶² Tegelijkertijd zou men kunnen stellen dat gelet op de gegeven definities in de WGBO de enige objectief redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsgenoot van een ‘behandelaar’ een arts kan zijn.

Andere essentiële onderdelen van de arts-patiënt relatie die geregeld zijn in de WGBO zijn de informatieplicht,⁶³ de geheimhoudingsplicht,⁶⁴ het toestemmingsvereiste⁶⁵ en het recht op privacy.⁶⁶

8.5.3 Informatievoorziening door de overheid

De overheid vervult ook zelfstandig een rol in de informatievoorziening ten behoeve van de patiënt. Overheidsbeleid is erop gericht de positie van zorggebruikers te versterken door in te zetten op een deugdelijke informatievoorziening.⁶⁷ Het ministerie van Volksgezondheid Welzijn en Sport heeft de website ‘kiesBeter.nl’ in het leven geroepen en volledig gefinancierd met als doel de ‘zorgconsumenten’ goed te informeren. De website is gemaakt en wordt bijgehouden door het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) wiens kerntaak het is onderzoek te verrichten en wereldwijd kennis

58 *Kamerstukken II* 1992/93, 21 561, nr. 15, p. 10.

59 B. Sluijters, *Koren en kaf: over alternatieve geneeswijzen* (Henk Leenen lezing 21 april 2006), Utrecht: Vereniging voor gezondheidsrecht 2006, p. 6.

60 HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26.

61 Zo merkt Sluiters op over alternatieve behandelaars: ‘Die hoeven *natuurlijk* niet de medisch-professionele standaard toe te passen’, in: B. Sluijters, *Koren en kaf: over alternatieve geneeswijzen* (Henk Leenen lezing 21 april 2006), Utrecht: vereniging voor gezondheidsrecht 2006, p. 5.

62 C.N.M. Renckens, ‘Evaluatieonderzoek wet BIG in volle gang’, *Nederlands Tijdschrift tegen de Kwakzalverij* 24 mei 2002. Integraal te raadplegen op: <www.kwakzalverij.nl/195/Evaluatieonderzoek_wet_BIG_in_volle_gang>.

63 Artikel 7:448 BW.

64 Artikel 7:457 BW.

65 Artikel 7:450 BW.

66 Artikel 7:459 BW.

67 Zie o.a.: *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300, nr. 2, p. 86. en *Kamerstukken II* 2000/01, 27 807, nr. 2, p. 6-7.

te verzamelen ter ondersteuning van overheidsbeleid. Op deze overheidssite wordt, met betrekking tot alternatieve geneeswijzen, de volgende informatie verstrekt:

‘(...) Geneeswijzen als homeopathie, acupunctuur en antroposofische geneeskunde (en ook wel kruidengeneeskunde), die men in het algemeen tot de alternatieve geneeswijzen rekent, worden veelal ook door artsen uitgeoefend (...)’.⁶⁸

Daarnaast wordt de zorgconsument die specifieke informatie behoeft betreffende een specifieke methode, in dit voorbeeld homeopathie, van de volgende informatie voorzien:

‘Niet alle ziekten zijn met homeopathie te genezen, maar bij de meeste ziekten kan homeopathie ter ondersteuning gebruikt worden (...)’.⁶⁹

Wanneer de zorgconsument vervolgens nog meer informatie denkt nodig te hebben wordt hij doorverwezen naar een beroepsorganisatie die zich met de gekozen methode bezighoudt. Zo wordt bij homeopathie onder het kopje ‘meer weten over homeopathie?’ het volgende vermeld:

‘Wilt u meer weten over homeopathie? Dan kunt u terecht bij de consumentenvereniging voor homeopathie, de Koninklijke Vereniging Homeopathie Nederland. U kunt ook contact opnemen met een van de beroepsverenigingen van homeopaten:

- Artsenvereniging voor homeopathie VHAN;
- Nederlandse Vereniging van Klassiek Homeopaten.’

Hoewel bovenstaande informatie geen feitelijke onjuistheden bevat, suggereert ze een door geen enkel wetenschappelijk onderzoek ondersteunde feitelijkheid; de werkzaamheid van homeopathie (zie hiervoor de inleiding).

De zorgconsument die op zoek is naar door de overheid verstrekte – en dus betrouwbare – informatie leest achtereenvolgens:

- dat alternatieve geneeswijzen veelal door artsen worden beoefend (en die kunnen het weten...);
- dat homeopathie niet alle ziekten kan genezen (maar kennelijk wel heel veel...);
- en dat hij zich voor verdere informatie tot platforms van beoefenaars (waaronder een koninklijk platform) dient te wenden (en niet tot de eigen huisarts of een wetenschapsforum).

Overigens liet de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Klink, de kamer zeer recent weten

‘te onderzoeken of het mogelijk is om (...) normen op te nemen voor de aanprijzing van een behandeling. Dat houdt in dat als een behandelaar een behandeling aanprijst met een ge-

68 <www.kiesbeter.nl/MedischeInformatie/alternatieve-behandelmethoden/alternatieve-geneeswijzen/medische-encyclopedie/>, geraadpleegd op 22 juni 2008.

69 <www.kiesbeter.nl/medischeinformatie/homeopathie/homeopathie/medische-encyclopedie/>, geraadpleegd op 22 juni 2008.

zondheidsclaim – bijvoorbeeld genezing van kanker – hij ook moet aantonen dat de behandeling effectief is voor deze claim’.⁷⁰

De visie waar de minister hier blijk van geeft lijkt tegengesteld aan bovengenoemde, van overheidswege verstrekte, informatie betreffende het genezen van ziekten door homeopathie. Een dergelijke regeling kan echter in belangrijke mate bijdragen om patiënten op efficiënte wijze een rationele keuze te laten maken.

8.5.4 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁷¹

De (zorg-)consument, die geacht wordt zelf te kunnen bepalen van welke zorgaanbieder hij het meeste heil verwacht, is ook terug te vinden in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.⁷² Het bewerkstelligen van rationeel consumentengedrag gebaseerd op volledigheid en juistheid van informatie is het kennelijke doel van de Richtlijn. Praktijken die beletten dat de consument een goed geïnformeerde (en derhalve efficiënte) keuze kan maken vallen onder de scope van ‘misleidende handelspraktijken’.⁷³

Bij het bepalen of een handelspraktijk oneerlijk is wordt rekening gehouden met de specificiteit en kwetsbaarheid van de groep waar het product voor bedoeld is.⁷⁴ Met betrekking tot alternatieve geneeswijzen dient derhalve getoetst te worden aan de specifieke fysieke en mentale kwetsbaarheid van een patiënt die veelal reeds uitbehandeld of teleurgesteld is in het reguliere medische circuit. Van misleiding, rekeninghoudend met de specifieke doelgroep, is onder andere sprake wanneer:

- de behandelaar bedrieglijk beweert dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen;⁷⁵
- de behandelaar essentiële informatie, nodig om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor een besluit over een overeenkomst wordt of kan worden genomen, dat anders niet genomen was.⁷⁶

Het eerste punt betreft het bedrieglijk beweren.⁷⁷ In het woord bedrieglijk zit het karakter van onrechtmatigheid verscholen. Op dit punt voegt de Richtlijn niet veel toe aan de huidige rechtsregels (tenzij de uitleg aan het begrip in de richtlijn ruimer wordt dan in

70 *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, nr. 1786, p. 3646.

71 Zie hiervoor tevens de bijdrage ‘Consumentenbescherming tegen (krediet)reclame’ in dit boek.

72 Richtlijn nr. 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken) (*PbEG* 2005, L 149/22).

73 Zie o.a. Overweging 14 van Richtlijn nr. 2005/29/EG.

74 Artikel 5, derde lid van Richtlijn nr. 2005/29/EG.

75 Artikel 5, vijfde lid van Richtlijn nr. 2005/29/EG juncto Bijlage I, onder 17 van Richtlijn nr. 2005/29/EG.

76 Artikel 7, eerste lid van Richtlijn nr. 2005/29/EG.

77 De Engelse versie gebruikt een formulering met dezelfde (negatieve) strekking. In de Engelse tekst van de Richtlijn staat: ‘Falsely claiming that a product is able to cure illnesses, dysfunction or malformations’.

het strafrecht gebruikelijk is).⁷⁸ Datzelfde geldt voor het tweede punt dat veel gelijkenis met 'dwaling' vertoont.⁷⁹

8.6 De arts en het alternatief

Bescherming van de patiënt/zorgconsument krijgt met name vorm door hem bij ziekte met deskundigheid te omgeven. De *deskundige* geneeskundige behandeling is het exclusieve terrein van artsen en andere beroepen waarop het stelsel van beroepstitelbescherming en registratie van toepassing is.⁸⁰ Registratie van artsen dient hun deskundigheid te garanderen.⁸¹ Hierdoor zijn zij onderworpen aan het tuchtrecht van de Wet BIG.⁸² Elementair in tuchtrechtspraak is dat het handelen mede getoetst wordt door beroepsgenoten.⁸³ Getoetst wordt aan twee normen waarvan de elementairste is; handelen of nalaten van handelen in strijd met de zorg die de geregistreerde zorgverlener behoort te betrachten ten opzichte van de patiënt en de naaste betrekkingen van de patiënt.⁸⁴

De geregistreerde arts dient te voldoen aan de 'bij algemene maatregel van bestuur gestelde opleidingseisen'.⁸⁵ Deze opleidingseisen garanderen dat de arts naar behoren handelt. Zij zijn geformuleerd in het Besluit opleidingseisen arts. Dit besluit formuleert een kader waarbinnen de arts dient te opereren. Zo dient een arts in ieder geval in staat te zijn om onderzoek te rapporteren, te interpreteren en te evalueren. Hierbij dient de arts te beschikken over kennis met betrekking tot:⁸⁶

- de algemene principes van hypothesevorming, methoden (waaronder die met betrekking tot gegevensverzameling), concepties van voor de geneeskunde relevante vormen van wetenschappelijk onderzoek;
- de beginselen van wetenschapsmethodologie, biostatistiek en epidemiologie;
- de denkwijze van het wetenschappelijk onderzoek (door actieve deelname).

Het besluit geeft vervolgens expliciet aan wat 'de betekenis van het wetenschappelijk denken voor het handelen van een arts' dient te zijn.⁸⁷ De arts dient blijk te geven van 'een kritische houding ten opzichte van de wetenschappelijke kennis waarop het

78 Denk hier bijvoorbeeld aan artikel 326 van het Wetboek van Strafrecht (oplichting), artikel 3:44, derde lid, BW (bedrog) en artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad).

79 Artikel 6:228 BW.

80 Hoofdstuk III, afdeling 1 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg. Zie tevens § 2 van deze bijdrage.

81 Artikel 3 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

82 Artikel 47 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg. Voor de invoering van de Wet BIG was de tuchtrechtspraak geregeld in de Medische Tuchtwet van 1928.

83 Het regionaal tuchtcollege bestaat uit twee rechtsgeleerde leden en drie door de Koninklijke Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) officieel aanbevolen leden-geneeskundigen.

84 Zie: Artikel 47, eerste lid van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

85 Artikel 18 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

86 Bijlage 1, onderdeel 2 (wetenschappelijke aspecten), onder 2.1 (grondbeginselen van wetenschappelijk onderzoek) van het Besluit opleidingseisen Arts.

87 Bijlage 1, onderdeel 2, onder 2.2 (Betekenis van het wetenschappelijk denken voor het handelen van een arts) van het Besluit opleidingseisen Arts.

medisch handelen is gebaseerd' en hij dient in staat te zijn om 'een gezondheidsprobleem systematisch te benaderen aan de hand van theorieën over hypothesevorming en probleemoplossen, modellen en besliskundetheorieën'. Daarnaast is hij tevens in staat om 'bepaalde bewijsregels en wetten van de logica toe te passen op klinische en onderzoeksgegevens om zo hun validiteit en bruikbaarheid te kunnen inschatten'. Het besluit bevat de actieve opdracht aan artsen om hun vak kennis op peil te houden waarbij zij de eigen blinde vlekken en lacunes dienen op te sporen en op te heffen.⁸⁸

Bovenstaande opleidingseisen staan op gespannen voet met de toepassing van alternatieve geneeswijzen door artsen. De Koninklijke Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (verder: KNMG) heeft dan ook per 1 april 2008 een gedragsregel geformuleerd. Deze gedragsregel speelt een essentiële rol in het tuchtrecht. Opvallend is dat de KNMG de termen 'alternatieve' of 'complementaire geneeskunde' of 'geneeswijzen' wil vermijden om misverstanden te voorkomen. Zij gebruikt dan ook de term 'niet-reguliere behandelwijzen', waarbij reguliere behandelwijzen worden omschreven als:

'methoden van diagnostiek, preventie en behandeling die gebaseerd zijn op kennis, vaardigheden en ervaring die nodig zijn om de artsentitel te behalen en behouden, die algemeen door de beroepsgroep worden aanvaard en deel uitmaken van de professionele standaard'.⁸⁹

Niet-reguliere behandelwijzen zijn vervolgens:

'methoden van diagnostiek en behandeling die buiten deze omschrijving vallen'.⁹⁰

De gedragsregel formuleert specifieke normen voor artsen naast de reeds bestaande algemene gedragsregels. Algemeen wordt gesteld dat de arts nooit voorbij mag gaan aan algemeen aanvaarde methoden in de medische wereld en zijn medische kennis altijd op peil dient te houden. Specifiek wordt het volgende gesteld:⁹¹

- Voor elke behandeling dient een volgens de professionele standaard gestelde medische diagnose het uitgangspunt te zijn.
- Artsen richten zich (rekeninghoudend met de patiënt) naar het best beschikbare wetenschappelijke bewijs.
- Artsen dienen de patiënt altijd te informeren over de effectiviteit, aard en effecten van een behandeling.
- Artsen maken altijd duidelijk onderscheid tussen reguliere en niet-reguliere behandelwijzen.
- Artsen bieden nooit behandelingen aan die schade kunnen berokkenen, waarbij onder schade tevens wordt verstaan: het bieden van valse hoop op genezing of verbetering, het geven van onjuiste of incomplete informatie over de werkzaamheid van een

88 Bijlage 1, onderdeel 2, onder 2.3 van het Besluit opleidingseisen Arts.

89 KNMG, *Gedragsregel: De arts en niet-reguliere behandelwijzen*, Utrecht: Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst, 2008, p. 2.

90 KNMG, *Gedragsregel: De arts en niet-reguliere behandelwijzen*, Utrecht: Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst, 2008, p. 2.

91 KNMG, *Gedragsregel: De arts en niet-reguliere behandelwijzen*, Utrecht: Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst, 2008, p. 3.

behandeling en het niet of niet-tijdig inzetten of afraden van methoden die binnen de beroepsgroep algemeen zijn aanvaard.

- Artsen dienen te allen tijde te wijzen op het belang van reguliere behandelwijzen en hiernaar steeds te verwijzen.

Tevens wordt gesteld dat de verantwoordelijkheid van de arts zich niet beperkt tot het (slechts) bieden van een curatieve behandeling. De professionele standaard bevat ook het oog hebben voor het brede welzijn van de patiënt, het begeleiden bij existentiële vragen opgeroepen door de ziekte, empathie, palliatieve zorg, stervensbegeleiding en het bieden van troost.

8.7 Het placebo-effect

Sommige patiënten ervaren een alternatieve behandeling als nuttig. Deze ervaring berust, betreffende de uitvoerig onderzochte en bekende alternatieve therapieën,⁹² op het placebo-effect.

Het woord placebo wordt in de medische wereld gebruikt om middelen, therapieën of behandelingen aan te duiden die geen enkel *rechtstreeks* effect hebben op de onderliggende medische klacht waartegen zij worden gebruikt.⁹³

Een placebo kan een effect sorteren wanneer het openlijk en bewust wordt toegediend. De overtuiging dat het middel zal werken speelt een grote rol. De overtuigingskracht van de toediener bepaalt derhalve in grote mate het positieve effect.

De exacte werking van het placebo-effect is niet volledig opgehelderd⁹⁴ maar de effecten zijn in veel niet-placebo-gecontroleerde onderzoeken naar alternatieve behandelwijzen zichtbaar. Dit is de reden dat vaak werkzaamheid van deze behandelmethoden wordt geclaimd. Onderzoeken naar de werkzaamheid van medicijnen, behandelingen of therapieën dienen daarom altijd placebo-gecontroleerd te worden uitgevoerd.⁹⁵ Zo kunnen de verschillen tussen de controlegroepen (behandeld – onbehandeld) worden geïnterpreteerd, los van dit effect.

Het placebo-effect is uitermate plooibaar omdat de hele context van een behandeling bepalend is. Ter illustratie; onderzoekers vonden dat bij muisarm-patiënten met nep-

92 Zie de inleiding van deze bijdrage.

93 Het woord placebo is Latijn en betekent 'ik zal behagen'.

94 Er zijn duidelijke aanwijzingen om het effect deels toe te schrijven aan een verminderde pijnperceptie door de productie van lichaamseigen endorfinen (F. Benedetti, 'The opposite effects of the opiate antagonist naloxone and the cholecystokinin antagonist proglumide on placebo analgesia', *Pain* 1996, p. 535-543.) Tevens zijn er aanwijzingen dat biologische processen die de genezing bevorderen, zoals bijvoorbeeld de werking van het immuunsysteem, versnellen onder invloed van psychosociale en cognitieve factoren. Dit komt omdat uit onderzoek blijkt dat het effect sterker is naarmate artsen en patiënten meer en meer overtuigd zijn van de werking. Zie: A.H. Roberts e.a., 'The power of nonspecific effects in healing: implications for psychosocial and biological treatment', *Clinical Psychology Review* 1993-13, p. 375-391.

95 Eén groep ontvangt een placebo, een andere groep een werkzaam middel, zonder dat de deelnemers weten tot welke groep ze behoren.

acupunctuur⁹⁶ een significant grotere pijnreductie optrad dan bij het innemen van een placebo-pijnstiller. Beide behandelingen werden door patiënten echter als positief ervaren.⁹⁷

Het placebo-effect draagt in ieder geval in gunstige zin bij aan de behandelingservaring van patiënten. Wellicht kan men stellen dat de patiënt, in het kader van zijn recht op gezondheidszorg, hier dan ook recht op heeft. Problematisch hierbij is dat dit eventuele placeborecht conflicteert met het informatierecht van de patiënt en de daarmee samenhangende informatieplicht van de hulpverlener. De hulpverlener dient de patiënt immers⁹⁸ op duidelijke wijze te informeren betreffende het voorgenomen onderzoek, de voorgestelde behandeling, de ontwikkelingen omtrent het onderzoek en de behandeling alsmede zijn gezondheidstoestand.⁹⁹ Deze informatieplicht komt slechts te vervallen wanneer het verstrekken van informatie aan de patiënt kennelijk ernstig nadeel oplevert.¹⁰⁰ In het belang van de patiënt wordt dan het zelfbeschikkingsrecht beperkt door relevante informatie juist niet te verstrekken. Dit wordt beoordeeld door de hulpverlener.

Leenen stelt dat bij gebruik van een placebo als therapie geen informatie behoeft te worden gegeven omdat het informeren de therapeutische werking zou wegnemen. Zonder informatie is het een doelmatige therapie en de behandelingsovereenkomst is daarop gericht zodat het geen schending van de informatieplicht oplevert.¹⁰¹ Dit standpunt is op zijn minst discutabel. De artikelen van de WGBO¹⁰² zijn immers van dwingend recht¹⁰³ en hiervan kan niet ten nadele van de patiënt worden afgeweken. Het derde lid van artikel 7:448 BW staat beperking van de informatieplicht slechts toe indien het verstrekken van inlichtingen kennelijk ernstig nadeel voor de patiënt oplevert. De werking van het placebo-effect is, afhankelijk van de context van de specifieke ziekte, niet van dien aard dat het ontbreken ervan doorgaans 'ernstig' nadeel kan opleveren. De exceptie van Leenen lijkt gebaseerd op het 'niet ten nadele' van de patiënt afwijken.

Een nadeel voor de patiënt manifesteert zich echter wanneer men kijkt naar de uitgangspunten van de Wet BIG (§ 5). De wetgever ging er immers van uit dat mondige patiënten in staat zijn in vrijheid te kiezen wat het beste voor hen was. De verantwoordelijkheid om zelf te kiezen vereist kennis. Kennis die, indien aanwezig, in het geval van placebo-therapieën, de therapeutische werkzaamheid wegneemt. De vrijheid om daadwerkelijk zelf te beschikken wordt de patiënt dan ook ontnomen. Wanneer dit niet als een nadeel

96 Met gebruik van naalden die in de schacht schoven zodat geen daadwerkelijke penetratie van de huid optrad; feitelijk een placebo-placebo.

97 T.J. Kaptchuk e.a., 'Sham device v inert pill: randomised controlled trial of two placebo treatments', *British Medical Journal* 2006, p. 391-397.

98 Zie § 3, § 5 en § 6 van deze bijdrage.

99 Artikel 7:448 BW.

100 Artikel 7:448, derde lid, BW.

101 H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht deel I*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2000, p. 197.

102 Artikel 7:446 tot en met 468 BW.

103 Artikel 7:468 BW.

wordt gezien wordt de patiënt kennelijk niet in staat geacht zelf te kunnen bepalen wat het beste voor hem is. De redenering achter de Wet BIG bijt zichzelf, gelet op artikel 7:448 BW, dan ook in de staart.

Een ander nadeel is gelegen in de aan de zorg verbonden kosten. Van alle contacten met alternatieve genezers vindt het grootste deel plaats met homeopaten (ca. 36%) en acupuncturisten (ca. 21%).¹⁰⁴ Met betrekking tot de homeopathie en acupunctuur staat in ieder geval vast dat zij geen aantoonbare werking bezitten.¹⁰⁵ Een onderbouwing voor de noodzaak tot het maken van, met deze therapieën gepaard gaande, kosten ontbreekt hierdoor.

Het grootste nadeel voor de patiënt lijkt echter te zijn gelegen in het feit dat het placebo-effect het beste werkt indien ook de behandelaar overtuigd is van de werking en dit op de patiënt weet over te brengen. Deze overtuiging houdt tegelijkertijd een diskwalificatie van de behandelaar in, zeker wanneer dit een arts betreft. Hierdoor kan men vragen stellen bij de kwaliteit van de totale door deze behandelaar geboden zorg.¹⁰⁶

Een voorname reden van het succes van alternatieve therapieën, en het daarmee opgewekte placebo-effect, lijkt gelegen in het feit dat de patiënt bij alternatieve behandelingen in het middelpunt van de belangstelling staat. De belangen van patiënten in de reguliere gezondheidszorg staan echter niet altijd voorop (§ 4). Het placebo-effect wordt hierdoor in de reguliere zorg niet alleen onvoldoende benut, er kan zelfs een tegengesteld effect van uitgaan.¹⁰⁷ Hiermee wordt een pijnlijk punt van de gezondheidszorg blootgelegd.

Het opwekken van het placebo-effect lijkt te conflicteren met het recht op informatie en zelfbeschikking van de patiënt, tenzij dit effect zou worden opgewekt door het verstrekken van meer en betere informatie, aandacht en daadwerkelijke zorg alléén. De KNMG speelt op de wenselijkheid van het dusdanig opgewekte effect in. De gedragsregel, betreffende niet-reguliere behandelwijzen (zie hierover § 6), expliciteert de verantwoordelijkheid van artsen namelijk ook buiten de zuiver curatieve behandeling.

104 Centraal Bureau voor de Statistiek, *Vademecum Gezondheidsstatistiek 2003*, Voorburg: CBS 2003, p. 151.

105 Zie hierover de inleiding van deze bijdrage.

106 Minister Hoogervorst van volksgezondheid stelde zichzelf in *de Telegraaf* van donderdag 19 januari 2004 dan ook de volgende vraag: 'Hoe kan het dat huisartsen die jarenlang een wetenschappelijke opleiding hebben gevolgd, zich serieus bezig houden met homeopathie. Terwijl iedereen weet dat je mensen dan gewoon water voorschrijft?'

107 De Minister van Volksgezondheid merkte voor een veld van sceptici in dit kader op 'dat sommige alternatieve genezers er gewoon beter in slagen de patiënt centraal te stellen. Ze hebben meer tijd voor de patiënt, kunnen goed luisteren, hebben betere "bedside manners" (...) Het zou goed zijn als arrogant, patiënt-onvriendelijk gedrag geen rol meer zou spelen bij de afweging voor patiënten of ze een beroep doen op alternatieven' (H. Hoogervorst, *Onderscheiding voor kritiek op de homeopathie* (toespraak Den Haag), Den Haag: ministerie van VWS 2004, p. 2).

8.8 De schade en de vordering

Met het systeem van de Wet BIG is gekozen voor repressie in plaats van preventie.¹⁰⁸ Daarbij lijkt de wetgever zich volledig geconcentreerd te hebben op gezondheidsschade. De KNMG hanteert een breder schadebegrip. Zij omschrijft schade, naast gezondheidsschade, als: 'het bieden van valse hoop op genezing of verbetering en het geven van onjuiste of incomplete informatie over de werkzaamheid van een behandeling'.¹⁰⁹ Gezondheidsschade, bedoeld in de Wet BIG, is onder te verdelen in twee soorten:

- rechtstreekse schade ten gevolge van de behandeling;
- indirecte gezondheidsschade doordat de behandeling in de weg stond aan een effectieve behandeling die de ontstane schade zou hebben voorkomen danwel beperkt.

Bij rechtstreekse schade kan men denken aan het optreden van vergiftigingsverschijnselen na het innemen van kruidenpreparaten¹¹⁰ of besmetting met hepatitis B, bloedingen of pijn na een acupunctuurbehandeling.¹¹¹

Indirecte schade is naar zijn aard moeilijker te bepalen. Dit wordt verduidelijkt door de twee volgende casus: 'Sylvia Millicam'¹¹² en 'de vrouw van Roel van Duijn'.¹¹³ In beide gevallen was een vorm van kanker gediagnosticeerd. De vrouwen weigerden echter, mede onder invloed van hun alternatieve behandelaars, een reguliere behandeling te ondergaan en zijn inmiddels overleden. De kans dat zij bij het volgen van een reguliere therapie nog zouden leven wordt groot geacht. In deze casus is sprake van een causaal verband tussen het niet ondergaan van een reguliere behandeling en een significante verkleining van de kans op een goede uitkomst. De wetgever heeft voorzien in de verkleining van deze kans door het strafbaar stellen van het 'veroorzaken van een aanmerkelijke kans op schade'(zie § 5.1).¹¹⁴ Een figuur passend in de algemene leer van het voorwaardelijk opzet.¹¹⁵

Door de focus op gezondheidsschade is de preventie van andere schade dan gezondheidsschade volledig in de civiele sfeer komen te liggen. Hierbij verwijst de wetgever naar de eigen verantwoordelijkheid van de patiënt. De patiënt vindt in de Wet BIG geen bescherming tegen valse hoop, aangewakkerde irrealistische angst voor reguliere behandeling, een verstoord aanvaardingsproces, overige onjuiste informatie en de (soms hoge) onnodige kosten van alternatieve behandelwijzen. Kosten die bij een juiste en volledige voorstelling van zaken waarschijnlijk niet met dezelfde motivering gemaakt zouden zijn (het is niet ondenkbaar dat patiënten, bij een juiste voorstelling van zaken, wel bereid

¹⁰⁸ Zie § 5.1 van deze bijdrage.

¹⁰⁹ KNMG, *Gedragsregel: De arts en niet-reguliere behandelwijzen*, Utrecht: Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst, 2008, p. 3.

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld: C.S. Hooft e.a., 'Thyreotoxicose na gebruik van Ashwagandha', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 2005, p. 2637-2638.

¹¹¹ D. Melchart e.a., 'Prospective investigation of adverse effects of acupuncture in 97.733 patients', *Archives of Internal Medicine* 2004, p. 104-105.

¹¹² Zie o.a. IGZ, 'Rapport: De zorgverlening aan S.M. een voorbeeldcasus', Den Haag: Inspectie voor de Gezondheidszorg, 2004, p. 1-101.

¹¹³ Zie o.a. R. van Duijn, 'De dood van Flora', *Trouw* 5 september 1998.

¹¹⁴ Artikel 96, eerste lid van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

¹¹⁵ *Handelingen II* 1991/92, 45, p. 2946.

zouden zijn te betalen voor de aandachtsaspecten van alternatieve behandelingen). Waar wettelijke gedragsnormen vaag zijn of ontbreken komt volgens Hartlief de rechter in beeld om de norm te stellen.¹¹⁶ Hij wijst er tevens op dat de lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad is dat ‘effectieve zorg’ wordt verlangd.¹¹⁷ Het uitgangspunt van de Wet BIG dat patiënten zelf de verantwoordelijkheid kunnen dragen betreffende de behandelingskeuze, is in het kader van deze effectiviteit dan ook slechts te verantwoorden indien de informatie en het interpretatievermogen, waarover patiënten beschikken, volledig is. Dit kan niet snel worden aangenomen.¹¹⁸ Er wordt dan ook gewezen op de mogelijke preventieve werking die uit zou kunnen gaan van ‘punitive damages’.¹¹⁹ Hiermee zou naast de vergoeding voor schade een privaatrechtelijke boete opgelegd kunnen worden. Hoewel de regering vreest dat ‘punitive damages’ de claimcultuur aanwakkeren¹²⁰ stelt de Raad voor de Volksgezondheid dat het past binnen het systeem van ‘eigen verantwoordelijkheid’; de patiënt krijgt dan namelijk meer middelen aangereikt om zijn positie te versterken.¹²¹

Problemen zouden kunnen ontstaan bij het vaststellen van de hoogte van de eventueel ontstane totale schade die bestaat uit vermogensschade en ideële schade. Gezondheidsschade, valse hoop, aangewakkerde irreële angst voor reguliere behandeling en een verstoord aanvaardingsproces laten zich moeilijk in geld uitdrukken en dienen naar billijkheid te worden vastgesteld.¹²² Het vermogensschadedeel is eenvoudiger te kwantificeren. Vermogensschade treedt op als gevolg van gezondheidsschade (bijvoorbeeld verlies van inkomen tijdens ziekte) en door de kosten van een onnodige behandeling als gevolg van het niet voldoen aan de informatieplicht. Het lijkt echter geen zekerheid dat laatstgenoemde onnodige kosten ook daadwerkelijk geheel of gedeeltelijk als schade gezien zullen worden getuige een recente uitspraak van het Hof Amsterdam.¹²³ Het hof liet blijken een behandeling waar mensen baat bij zeggen te hebben – ongeacht het feit of zij betreffende deze behandeling deugdelijk zijn geïnformeerd of zonder deze behandeling ook beter zouden zijn geworden – per definitie niet nutteloos te vinden.

8.8.1 Onrechtmatige daad

Gelet op de kwetsbare positie¹²⁴ van de patiënt kan het bieden van valse hoop, het aanpraten van angsten, het verstoren van het aanvaardingsproces en het berekenen van

116 T. Hartlief, *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?* (Diesrede Maastricht), Maastricht: Universiteit Maastricht 2005, p. 6.

117 T. Hartlief, *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?* (Diesrede Maastricht), Maastricht: Universiteit Maastricht 2005, p. 7.

118 ZonMw, 'evaluatie: Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg', Den Haag: ZonMw 2002, p. 217.

119 Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, 'Medische diagnose: kiezen voor deskundigheid', *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg aan de minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 2005, p. 31.

120 *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 630, nr. 2, p. 10.

121 Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, 'Medische diagnose: kiezen voor deskundigheid', *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg aan de minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 2005, p. 32.

122 Artikel 6:95 en 6:106 BW.

123 Hof Amsterdam, 31 mei 2007 *LJN* BS6412 (Sickesz/vereniging tegen de kwakzalverij)

124 Zie § 4 van deze bijdrage.

kosten op basis van onjuiste informatie, ontegenzeggelijk een onrechtmatig karakter hebben. Gelet op de medisch-professionele standaard¹²⁵ zal een arts, bij het toepassen van alternatieve behandelwijzen, slechts dan geen onrechtmatige daad plegen indien deze de patiënt uitdrukkelijk heeft gewezen op het ‘placebo-karakter’ hiervan en er daarnaast geen reguliere therapie voorhanden is. Een rechtvaardigingsgrond ex artikel 6:162, tweede lid, BW zal, gelet op het wettelijk systeem van eigen verantwoordelijkheid gebaseerd op volledige informatie, niet snel gevonden worden.¹²⁶

Bij niet-artsen doet zich een paradox voor. Enerzijds heeft de Wet BIG ertoe geleid dat eenieder zich op de zorgmarkt kan begeven en geneeskundige handelingen, behoudens voorbehouden handelingen, naar eigen (alternatief) inzicht mag verrichten.¹²⁷ Anderzijds bepaalt dezelfde Wet BIG dat niemand, buiten noodzaak, gezondheidsschade of een aanmerkelijke kans daarop mag veroorzaken.¹²⁸ Om te voorkomen dat hij een aanmerkelijke kans op gezondheidsschade veroorzaakt dient de alternatieve behandelaar, bij consultatie, direct na te gaan of de klachten van de patiënt reeds zijn onderzocht door een arts waarbij de noodzakelijke behandeling heeft plaatsgevonden of zal plaatsvinden. Is dit niet het geval dan zal iedere andere handeling dan het doorsturen naar een arts leiden tot het veroorzaken van een aanmerkelijke kans op schade; de behandelaar is immers niet deskundig in het stellen van een medische diagnose en het inschatten van de ernst van een situatie. Naar de aard van zijn beroep is hij echter wel ingesteld op het ontvangen en werven van mensen met gezondheidsproblemen.

Voorts valt de alternatieve behandelovereenkomst onder de WGBO.¹²⁹ Hierdoor is de behandelaar gehouden te voldoen aan het goed hulpverlenerschap en de informatieplicht. Ook hier geldt dat de patiënt uitdrukkelijk gewezen dient te worden op het ‘placebo-karakter’ van de behandeling en het absolute belang van reguliere therapieën. Hierdoor is ieder handelen van de alternatieve behandelaar dat niet uitdrukkelijk en onomwonden gewenst wordt door de patiënt zelf, niet geholpen door enige overtuiging van de behandelaar, als onrechtmatig te kenmerken. Het belang van het juist en volledig informeren, waarvoor de eigen overtuiging van de alternatieve behandelaar moet wijken, is daarnaast zeer recent nog vastgesteld door het Gerechtshof te Amsterdam in de artikel-12-procedure tegen een tweetal artsen en het medium Jomanda.¹³⁰

8.8.2 Dwaling

Een homeopathisch arts of arts-acupuncturist zal, met betrekking tot de door hem uitgeoefende alternatieve therapieën, de patiënt dienen in te lichten betreffende hun nooit aangetoonde werking. De verplichting om in te lichten gaat zelfs verder. In de medisch-wetenschappelijke literatuur blijkt immers steeds weer dat bij methodologisch correct uitgevoerde onderzoeken geen enkele aanwijzing gevonden wordt dat er überhaupt

125 Zie § 6 van deze bijdrage.

126 Zie § 5.2, § 6 en § 7 van deze bijdrage.

127 Zie artikel 1, eerste en tweede lid van de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg.

128 Artikel 96 van de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg.

129 Zie § 5.2 van deze bijdrage.

130 Hof Amsterdam 9 april 2008, LJN BC9170.

sprake van enige werkzaamheid kan zijn. Daarnaast is ieder medisch-wetenschappelijk principe, zij het anatomisch, farmacologisch of anderszins, strijdig met de aangenomen principes achter dergelijke therapieën. Een arts voldoet dan ook pas aan de medisch-professionele standaard, zijn registratie-eisen en de spreekplicht van het leerstuk dwaling, wanneer hij de patiënt hier expliciet op wijst. Iedere suggestie anderszins, waaronder men zeker zou moeten verstaan het *slechts* vermelden van de niet-aangetoonde werking, zonder hierbij te vermelden dat alle onderzoeksresultaten juist op onwerkzaamheid duiden, is ongepast. Het achterwege laten van dit laatste impliceert immers dat het waarschijnlijk is dat de werking in de toekomst, bij voldoende onderzoek, wel aangetoond zal kunnen worden. Dit is nu juist wat de arts suggereert door zich, bij gebruik van naambordjes, webstek of anderszins, als arts en tevens aanbieder van alternatieve therapieën te profileren. Het is daarnaast zeer waarschijnlijk dat aanbieders van dergelijke therapieën inlichtingen geven die deze suggestie versterken. Artsen organiseren zich immers binnen een organisatie als de ‘artsenvereniging voor homeopathie’ (VHAN). Deze vereniging noemt zichzelf ‘medisch-wetenschappelijk’ en stelt expliciet op haar webstek dat vele mensen succesvol zijn behandeld *dankzij* homeopathie¹³¹. Dit terwijl juist de arts binnen het Nederlandse stelsel heeft te gelden als een door tucht en overheid gereguleerde en derhalve betrouwbare instantie.

Wanneer men in het kader van het leerstuk dwaling de onderzoeksplicht van de ‘autonome’ patiënt tegenover de spreekplicht stelt, kan snel geconcludeerd worden dat hieraan, door het onderzoeken van overheidsinformatie¹³² en door de alternatieve arts verstrekte informatie, is voldaan.

Indien een patiënt tot het inzicht komt dat hij door bovenstaande suggestie en onvolledige informatie een geneeskundige behandelovereenkomst is aangegaan, en dit bij een medisch-professioneel juiste voorstelling niet zou hebben gedaan, is een beroep op dwaling gerechtvaardigd en de behandelingsovereenkomst vernietigbaar.¹³³

Met betrekking tot niet-artsen kan inhoudelijk hetzelfde gesteld worden. Uitgaande van de goede trouw (hoewel voor dit leerstuk niet van belang) kan aangenomen worden dat vaak sprake zal zijn van wederzijdse dwaling. Bij de niet-deskundige behandelaar kan immers niet verwacht worden dat dezelfde kennis aanwezig is. Hij zal derhalve van dezelfde onjuiste veronderstelling betreffende de behandeling zijn uitgegaan.¹³⁴ Een veronderstelling die heeft geleid tot het aangaan van de specifieke alternatieve behandelovereenkomst. De behandelaar is echter bewust actief op de zorgmarkt en dient volgens de daar geldende standaard te werken.¹³⁵ Hierdoor zal het karakter (aard van de overeenkomst en de in het verkeer geldende opvattingen ex art. 6:228, tweede lid BW) van de overeenkomst niet in de weg staan aan het dwalingsberoep.

¹³¹ Zie <www.vhan.nl>.

¹³² Zie § 5.3 van deze bijdrage.

¹³³ Artikel 6:228, eerste lid, BW.

¹³⁴ Artikel 6:228, eerste lid, onder c, BW.

¹³⁵ Zie § 5.1 en § 5.2 van deze bijdrage.

8.8.3 Wanprestatie

Wanprestatie doet zich voor indien de alternatieve behandelaar (arts en niet-arts) toerekenbaar tekort schiet in het nakomen van de behandelingsovereenkomst. Ook hier kan gesteld worden dat, mede op grond van hetgeen hierboven in § 8.1 en § 8.2 is besproken, de behandelaar slechts niet tekort schiet indien de patiënt zich op grond van de eigen stellige overtuiging tot de alternatieve behandelaar wendt. De patiënt dient deze overtuiging ook te behouden na volledig en deugdelijk geïnformeerd te zijn. Door de dwingende vorm en inhoud van de geneeskundige behandelingsovereenkomst is niet snel een andere situatie denkbaar waarin geconcludeerd zal worden dat de tekortkoming niet aan de schuld van de behandelaar te wijten is.

8.8.4 Misbruik van omstandigheden

De hulpverlener dient, op grond van het goed hulpverlenerschap,¹³⁶ de hulpbehoevende die niet *volledig* is ingelicht omtrent de aard van de alternatieve behandeling, te weerhouden deze te ondergaan. Zo niet, dan leidt de actieve of passieve bevordering van het tot stand komen van een behandelingsovereenkomst, ingegeven door een bijzondere omstandigheid van de hulpbehoevende, tot misbruik van omstandigheden en vernietigbaarheid.¹³⁷ De bijzondere omstandigheid is gelegen in ziekte en de daarmee gepaard gaande hulpbehoevendheid van de patiënt. Daarbij betreft het meer dan gebruikelijk patiënten met een chronische en onbehandelbare conditie die teleurgesteld zijn in de reguliere behandelaars.¹³⁸

De alternatieve behandelaar brengt zichzelf door de aard van zijn werkzaamheden vrijwel continu in een 'misbruikende' positie; hij heeft immers de 'zorgmarkt' betreden en is hiervan voor zijn inkomsten afhankelijk. Het werven van cliëntèle is een vereiste voor een levensvatbare praktijk in het 'vrije' (lees: niet Wet BIG-geregistreerde) deel van de zorgmarkt. Het lijkt niet gecompliceerd om aan te tonen dat wervende activiteiten te zien zijn als het bevorderen van het aangaan van behandelingsovereenkomsten. Er zal slechts geen sprake zijn van misbruik indien de patiënt zich volledig geïnformeerd en uit eigen overtuiging, niet tot stand gekomen door wervende activiteiten van de hulpverlener, tot hem wendt. Dit is echter een vrij onwaarschijnlijke situatie. De alternatief hulpverlener dient zichzelf in deze situatie te beschouwen als een 'uitstervend ras' dat continu streeft naar de eigen ondergang. Gelet op het succes dat gepaard gaat met de overtuiging van de alternatieve behandelaar,¹³⁹ is dit vrijwel ondenkbaar.

8.8.5 Algemeen

Hoewel bovenstaande rechtsfiguren vrij eenvoudig toepasbaar lijken, worden zij niet of nauwelijks toegepast. Jurisprudentie richt zich met name op die gevallen waarin gezondheidsschade is ontstaan. De patiënt die schadevergoeding van 'Jomanda' eist om-

¹³⁶ Zie § 5.2 van deze bijdrage.

¹³⁷ Artikel 3:44, eerste en vierde lid, BW.

¹³⁸ Zie § 4 van deze bijdrage.

¹³⁹ Zie § 7 van deze bijdrage.

dat haar 'spirituele operatie' naar aanleiding van de door haar gestelde diagnose, door bemiddeling van een 'spirituele arts',¹⁴⁰ niet heeft gewerkt, wel tot vermogensschade leidde en de uitbehandelde patiënt psychisch aan het wankelen bracht doordat ook de laatste hoop op genezing vervloog, is nog niet opgestaan. Wellicht spelen schaamte en in de samenleving diepgewortelde opvattingen hierin een rol. Een groot deel van de wereldbevolking wenst te geloven dat er meer mogelijk is. De hiervoor genoemde uitspraak in de *Sickesz*-zaak is daar een voorbeeld van.¹⁴¹ Deze uitspraak zette veel journalisten, rechts- en andere wetenschappers aan tot kritisch denken.¹⁴² De uitspraak oogstte daarbij weinig begrip.

8.9 Conclusie: belangenstrijd autonomie en paternalisme

Sinds de Wet BIG kan de zorgmarkt in principe door iedereen worden betreden. De wet leidt, althans op papier, tot een hoge mate van autonomie voor de patiënt/zorgconsument. Deze autonomie is zonder waarborgen echter slechts schijn. De patiënt dient over een grote hoeveelheid informatie en interpretatievermogen te beschikken om daadwerkelijk te bepalen hoe hij deze autonomie zou moeten hanteren. Het gebrek aan juist deze kennis en kunde is de reden dat patiënten hulp zoeken bij een behandelaar. Zij zoeken niet slechts een vakman die op deugdelijke wijze een door henzelf uitgezocht geneesmiddel op deskundige wijze kan injecteren maar veeleer een adviseur die met raad en daad bijstand verleent in een bijzondere omstandigheid die zichzelf vaak niet geheel kunnen bevatten. Deze afhankelijkheid kenmerkt de zorgmarkt. Patiëntenautonomie is in dit licht bezien een nobel streven maar niet realistisch. De balans lijkt te worden hersteld door de paternalistische waarborgen van de WGBO. Hierin is bindend vastgelegd dat de behandelaar de gereedschappen om gebruik te kunnen maken van de autonome positie dient aan te reiken. Daarnaast biedt het Burgerlijk Wetboek nog diverse andere rechtsfiguren die, al dan niet in combinatie met de WGBO, als waarborg kunnen dienen. De zorgconsument lijkt hierdoor over afdoende civielrechtelijke middelen te beschikken, ter bescherming tegen in het beste geval valse hoop en soms tegen hoge kosten. In de praktijk worden deze middelen echter niet of nauwelijks gebruikt waardoor de effectiviteit van deze middelen zich moeilijk laat voorspellen. De zorgconsument beschikt niet over volledige informatie en is in zijn bijzondere toestand, gelet op het gebrek aan jurisprudentie, kennelijk niet assertief genoeg om van de waarborgen gebruik te maken. Pas wanneer er gezondheidsschade optreedt lijkt hij in verweer te komen. Ondertussen worden de bijzondere omstandigheden vrijwel ononderbroken 'misbruikt'. Preventief paternalisme lijkt ten behoeve van deze kwetsbare groep dan ook dringend gewenst.

¹⁴⁰ Alle begrippen afkomstig van <www.jomanda.nl>, geraadpleegd op 22 juni 2008.

¹⁴¹ Zie de inleiding en § 8 van deze bijdrage.

¹⁴² Zie bijvoorbeeld E. Rassin, *De hand in eigen boezem: vier hindernissen voor de forensische psychologie* (oratie Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2008; EHRM 30 november 2006, EHRC 2007, 17 (*Veraart/Nederland*; NJ 2007, 368, P. 3837-3844, m.nt. Dommering); H. van Maanen, 'Wie zalft er dan wél kwak?', *Volkskrant* 8 juni 2007; W. Betz, 'Steun de vereniging tegen de kwakzalverij!', *SKEPP* 2007, integraal te raadplegen op <<http://www.skepp.be/nieuws/steun-de-vereniging-tegen-de-kwakzalverij-1/>>.

De overheid stelt zich echter passief op. Zo was het handhavingstekort van de WUG reeds een belangrijke aanleiding voor de invoering van de Wet BIG. Na invoering is het handhavingniveau nog steeds bijzonder laag. Invoering van de mogelijkheid tot het voorderen van 'punitive damages' wordt eveneens tegengehouden onder verwijzing naar het 'schrikbeeld' van een opkomende claimcultuur. Preventief beleid krijgt slechts vorm door het ontwikkelen van informatieplatforms op internet, die nota bene gebrekkige en suggestieve informatie verstrekken.

In het licht van het bovenstaande pleit ik dan ook voor een duidelijke keuze. Mijns inziens dient de wetgever te kiezen uit de volgende opties:

- a. Autonomie voor de volwassen 'zorgconsument' waarbij deugdelijke en volledige informatie van overheidswege wordt verstrekt. Het bewijs voor de stelling dat een therapie werkt dient door de aanbieder op wetenschappelijke wijze, voor toepassing, geleverd te worden. Civiele middelen die bij een lage pakkans toch een preventieve werking hebben (punitive damages) dienen ter beschikking te komen.
- b. Het verbieden van alle geneeskundige handelingen door ondeskundigen. Een terugkeer naar het systeem van de WUG.

IX Wie wordt het kind van de rekening?

Over de aansprakelijkheid van ouders voor de door hun kinderen veroorzaakte schade

Harmen van der Wilt

De vormgeving van de aansprakelijkheidsregeling van ouders voor hun minderjarige kinderen is niet alleen een juridische, maar ook een politieke keuze. Het betreft een keuze tussen het benadrukken van de eigen verantwoordelijkheid van het minderjarige individu (het autonomieperspectief) en de verantwoordelijkheid van de ouders voor hun kinderen om zo de zwakkere partijen, het kind en het slachtoffer, te beschermen (het paternalistische perspectief). Het wetsvoorstel strekkende tot verruiming van de risico-aansprakelijkheid van ouders beoogt het slachtoffer te beschermen en een verhoogde preventieve werking voor zowel de ouders als het kind te realiseren. Het wetsvoorstel en het commentaar hierop worden in deze bijdrage in een breder, Europees perspectief geplaatst.

Allereerst laat deze bijdrage zien dat de bestaande aansprakelijkheidsregeling vanuit Europees perspectief gezien een evenwichtige middenpositie inneemt. Vervolgens wordt aangetoond dat de principiële keuze voor 'meer autonomie of meer paternalisme in het aansprakelijkheidsrecht' deels gerelativeerd kan worden door de verzekeringsrechtelijke en verzekeringseconomische aspecten, alsmede door de feitelijke verzekerings- en polispraktijk, die veel gewicht in de schaal leggen voor wat betreft de keuze voor de meest wenselijk geachte aansprakelijkheidsregeling. Deze aspecten nopen tot terughoudendheid van de wetgever om het aansprakelijkheidsrecht aan te wenden als instrument voor het realiseren van slachtofferbescherming. Tevens worden kritische kanttekeningen geplaatst bij de preventieve werking die in het wetsvoorstel verondersteld wordt.

De relatieve invloed van het aansprakelijkheidsrecht op het onderhavige onderwerp blijkt ook uit onderzoek naar de verzekeringspraktijk in Engeland en Frankrijk, welke beide landen verschillende aansprakelijkheidsregelingen kennen. Geconcludeerd wordt dat de oplossingen voor de tekortschietende slachtofferbescherming gezocht dienen te worden in de verzekeringsfeer. In dit kader worden aanbevelingen gedaan. Ten aanzien van de jeugdcriminaliteit en het effectueren van meer preventieve werking dient (primair) aansluiting te worden gezocht bij het strafrecht.

9.1 Inleiding

'Er is geen gebied in het recht aan te wijzen, waar het keuze-element over de meest wenselijk geachte aansprakelijkheidsregeling zo dominant aanwezig is als juist bij jonge

kinderen', zo betoogde Vranken reeds in 1991.¹ Bij de vormgeving van de aansprakelijkheidsregeling van art. 6:169 BW is in 1992 gekozen voor een risicoaansprakelijkheid van de ouders voor de onrechtmatige gedragingen van hun kinderen die de leeftijd van veertien jaar nog niet hebben bereikt. Voor de veertien- en vijftienjarige kinderen geldt een schuldaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast. Slagen de ouders erin om zich te disculperen, dan is alleen het kind aansprakelijk. Voor de groep van zestien- en zeventienjarige jongeren geldt dat de ouders niet aansprakelijk kunnen worden gehouden; deze groep werd door de wetgever voldoende volwassen geacht om zelf aansprakelijkheid te dragen.²

Het aansprakelijkheidsrecht van ouders voor (minderjarige) kinderen vormt een illustratie van het centrale thema van deze bundel: het spanningsveld tussen autonomie en paternalisme, tussen individualisering en solidariteit. Enerzijds zien we dat ten aanzien van de kinderen vanaf veertien jaar de eigen verantwoordelijkheid en zelfstandigheid van het individu centraal staat. Deze groep jongeren wordt volgens de wetgever geacht zelf verantwoordelijkheid te dragen voor hun (onrechtmatige) gedragingen. Anderzijds zien we dat ook het paternalistische perspectief opgeld doet; de wetgever heeft met de aansprakelijkheidsregeling ten aanzien van de onrechtmatige gedragingen van kinderen tot veertien jaar in het bijzonder de bescherming van de zwakkere partijen (het kind en het slachtoffer) op het oog gehad.³

De schuldaansprakelijkheid van ouders voor kinderen van veertien en vijftien jaar leidt er in de praktijk toe dat ouders in de meeste gevallen kunnen aantonen dat zij er alles aan gedaan hebben wat redelijkerwijs van hen kon worden verwacht om de onrechtmatige gedraging van hun kind te beletten.⁴

Gevolg is dat het slachtoffer of zijn verzekeraar met de schade blijft zitten, aangezien het minderjarige kind niet in staat is de geleden schade te vergoeden. Ook de gedragscorrigerende werking (zowel ten aanzien van de ouders als van het kind) zou hierdoor in onvoldoende mate worden gerealiseerd.⁵

In 2006 is door het Tweede Kamerlid Corüz een initiatiefwetsvoorstel ingediend om de grens van de risicoaansprakelijkheid van ouders te verhogen van veertien jaar naar achttien jaar.⁶ Dit voorstel is mede ingegeven door de toename van de jeugdcriminaliteit in het

1 J.B.M. Vranken, 'Naar een meer geïntegreerd aansprakelijkheidsrecht bij wanprestatie en onrechtmatige daad', in: W.C.L. van der Grinten (red.), *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 327.

2 *Tweede Kamer*, zitting 1975/76, 7729 nr. 6-7, p. 164. Zie ook J.C. van Eijk-Graveland, *Verzekeraarbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Leiden), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 178.

3 *Tweede Kamer*, zitting 1975/76, 7729, nrs. 6-7, p. 164; *Kamerstukken II 2005/06*, 30 519, nr. 3, p. 4.

4 Zie A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 135.

5 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 519, nr. 3, p. 2.

6 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 519, nr. 3.

laatste decennium, hetgeen een aanzienlijk bedrag aan schade met zich brengt.⁷ Het wetsvoorstel laat de eigen aansprakelijkheid van de kinderen vanaf veertien jaar onverlet. Hoewel de huidige aansprakelijkheidsregeling de nodige pennen in beweging heeft gebracht, is er in de literatuur ook flink van leer getrokken tegen dit wetsvoorstel.⁸

In deze bijdrage zullen de aangevoerde bezwaren tegen het wetsvoorstel in een breder, Europees perspectief worden geplaatst. De centrale vragen hierbij luiden: in hoeverre zal de voorgestelde verruiming van de risicoaansprakelijkheid van ouders daadwerkelijk leiden tot meer compensatie dan wel tot betere verhaalsmogelijkheden voor het slachtoffer? Zal de veronderstelde gedragscorrigerende werking ook daadwerkelijk gerealiseerd kunnen worden, gelet op de voor de hand liggende gedragspresumpties? Is het aansprakelijkheidsrecht een geschikt instrument om de beoogde doelen te bereiken?

Allereerst zal door middel van rechtsvergelijkend onderzoek een beeld worden geschetst van de vigerende aansprakelijkheidsstelsels in de omliggende landen (§ 2). Vervolgens zullen enkele algemene beschouwingen worden gewijd aan de verzekeringsrechtelijke en verzekeringseconomische aspecten, die van groot belang zijn bij de keuze voor de meest wenselijke aansprakelijkheidsregeling. Tevens zal de veronderstelde preventieve werking van de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling worden besproken (§ 3). Voorts zal een blik worden geworpen op de buitenlandse verzekeringsmarkt, waarbij aan de hand van de verzekeringspraktijk in Frankrijk en Engeland inzicht kan worden verkregen over de feitelijke werking en gevolgen van een bepaald aansprakelijkheidsregime, in het bijzonder voor wat betreft de verhaalbaarheid van schade (§ 4). Tot slot zullen enkele conclusies worden getrokken en aanbevelingen worden gedaan (§ 5).

7 Zie Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC), 'Criminaliteit en rechtshandhaving 2004', *Centraal Bureau voor de Statistiek* (CBS), Meppel 2005, p. 356-435; WODC, 'Zelfgerapporteerde jeugdcriminaliteit in de periode 1990-2001', Den Haag 2004, p. 10. Recentelijk nog M. van Lieshout, 'Factsheet kindermisdaad – omvang, aard en gevolgen', Amsterdam: Amsterdams Centrum voor Kinderstudies (april) 2008, p. 2, www.ack.vu.nl/pdfs/Factsheet%20Kindermisdaad%201.pdf>. Volgens schattingen zou sprake zijn van 131.000 criminele 11- en 12-jarige kinderen, waarvan er 5.000 concreet met de politie in aanraking zouden zijn geweest.

8 Zie N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekerbaarheid', *AV&S* 2006, p. 112; T. Hartlief, 'Risicoaansprakelijkheid voor ouders van oudere minderjarigen?', *VR* 2006, p. 142; T. Hartlief, 'Jeugdcriminaliteit: de vernier betaalt', *NJB* 2006, p. 1191; T. Hartlief, 'Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2005-2006', *NTBR* 2006, p. 439; T.F.E. Tjong Tjin Tai & F.M.J. Verstijlen, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2006, p. 1737. Zie vrij recent nog B.M. Paijmans, 'Wetsvoorstel ter verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen', *AV&S* 2007, p. 54-62.

9.2 De aansprakelijkheid van ouders en kinderen vanuit rechtsvergelijkend perspectief

9.2.1 Inleidende opmerkingen

Om een goede beoordeling te geven van de haalbaarheid en de wenselijkheid van het onderhavige wetsvoorstel, dient bezien te worden hoe de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen in de ons omringende landen geregeld is. In het kader van dit onderzoek is gekozen voor de landen Frankrijk, Engeland, Duitsland en Oostenrijk. Aan de keuze voor deze landen ligt een aantal overwegingen ten grondslag. In de eerste plaats verdient het de voorkeur om bij een rechtsvergelijkend onderzoek aansluiting te zoeken bij landen die min of meer dezelfde politieke, sociale en economische structuur vertonen. In de tweede plaats dient niet alleen de samenleving, maar ook het desbetreffende rechtstelsel enigszins vergelijkbaar en representatief te zijn.⁹ In de derde plaats is de keuze voor bovengenoemde landen ingegeven vanuit praktische overwegingen. Gekozen is voor die landen waarvan ik de taal voldoende beheers.

9.2.2 Frankrijk

9.2.2.1 De aansprakelijkheid van de ouders

De aansprakelijkheid van ouders naar Frans model is vooralsnog een vreemde eend in de bijt: vanuit Europees perspectief gezien kent geen enkel land een zo vergaande aansprakelijkheid als Frankrijk.¹⁰ Rust op de ouders in Nederland een risicoaansprakelijkheid voor gedragingen van minderjarige kinderen tot veertien jaar, in Frankrijk geldt sinds 1997 een risicoaansprakelijkheid voor alle minderjarige kinderen.¹¹ De traditionele wettelijke grondslag van de aansprakelijkheid van ouders is evenwel een schuldaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast, zo blijkt uit art. 1384 Code Civil. Deze aansprakelijkheid is onderworpen aan een tweetal voorwaarden: het vereiste van ouderlijke macht en het vereiste van inwoning.¹² Hoewel het vereiste van inwoning aanvankelijk vrij strikt werd uitgelegd, hanteert het Franse 'Cour de Cassation' (hierna: CdC) sinds 2000 als criterium dat het kind 'gewoonlijk bij zijn ouders woont'.¹³ Het feit dat een kind tijdelijk

9 K. Zweigert & H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford: Clarendon Press 1998, p. 36-44.

10 Zie art. 1384 Code Civil, meer in het bijzonder lid 4 jo. lid 7.

11 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 46-47 en 377-378 en C.E. du Perron, 'De aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen in Europees perspectief', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria: opstellen aangeboden aan mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 227.

12 S. Galand-Carval, 'Liability for Damage Caused by Others under French Law', in: J. Spier (red.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 88; C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 439.

13 Zie Cour de Cassation Civ. 2e, 20 januari 2000, *Information Rapides (IR)* 61.

aan een derde persoon is toevertrouwd ontslaat de ouders niet van hun verantwoordelijkheid.¹⁴

Met het wijzen van een belangrijk arrest van het CdC in 1997 werd een belangrijke wissel omgezet voor wat betreft de grondslag van de aansprakelijkheid. Dit arrest was niet alleen het gevolg van aanhoudende kritiek in de rechtsleer, maar ook het gevolg van een aantal in mei 1984 gewezen arresten, waaronder het *Fullenwarth*-arrest.¹⁵ Tot 1997 had het CdC het *dubbele vermoeden van fout* in opvoeding of voldoende toezicht als grondslag van de ouderlijke aansprakelijkheid consequent gehanteerd.¹⁶ Dit hield in dat de ouders niet aansprakelijk werden gehouden als zij erin slaagden het bewijs van voldoende toezicht (*faute de surveillance*) of opvoeding (*faute d'éducation*) te leveren.¹⁷

Mede als gevolg van de kritiek in de literatuur op het dubbele foutvermoeden heeft het CdC in het bekende *Bertrand*-arrest van 19 februari 1997 de beoogde koerswijziging ingezet.¹⁸ In dit arrest koos het Hof allereerst voor een objectieve grondslag van de aansprakelijkheid van ouders; het dubbele vermoeden van fout werd vervangen door een aansprakelijkheid van rechtswege (*responsabilité de plein droit*).¹⁹

Vervolgens oordeelde het Hof dat de disculpatiegronden van art. 1384 lid 7 Code Civil zeer beperkt dienden te worden uitgelegd: de ouders kunnen zich ter afwering van hun aansprakelijkheid slechts beroepen op overmacht of op een fout van het slachtoffer. Sinds 1997 is het derhalve niet meer voldoende als ouders kunnen bewijzen dat zij zorgvuldig toezicht op het kind hebben gehouden en dat zij het kind zorgvuldig hebben opgevoed.²⁰ Voor zover er na 1997 nog geen volledige duidelijkheid bestond over de aard van deze aansprakelijkheid, werd aan deze onduidelijkheid in 2002 definitief een einde

14 S. Galand-Carval, 'Liability for Damage Caused by Others under French Law', in: J. Spier (red.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 89.

15 Zie Cour de Cassation Assemblée Plénière (Cass. Ass. Plén.) 9 mei 1984 (*Fullenwarth*), *La Semaine juridique édition générale (JCP)* 1984, II, nr. 20255, m.nt. N. Dejean de la Bâtie; D. 1984, 525, m.nt. F. Chabas. Door de term '*presomption de faute*' te vervangen door '*presomption de responsabilité*' leek door het Franse Hof van Cassatie reeds een eerste aanzet te worden gegeven voor een objectief aansprakelijkheidsstelsel ten aanzien van de aansprakelijkheid van ouders.

16 P. de Tavernier, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 426. Zie ook Cour de Cassation Civ. 2e 6 november 1996, *JCP* 1996, IV, nr. 2549, p. 323.

17 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 47.

18 Cour de Cassation Civ. 2e 19 februari 1997 (*Bertrand*), D. 1997 265, m.nt. P. Jourdain, *JCP* 1997, II, nr. 22848, m.nt. G. Viney.

19 S. Galand-Carval, 'Liability for Damage Caused by Others under French Law', in: J. Spier (red.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 87 en 89 en P. de Tavernier, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 428.

20 C.E. du Perron, 'De aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen in Europees perspectief', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria: opstellen aangeboden aan mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 227.

gemaakt; het CdC oordeelde dat sprake was van een risicoaansprakelijkheid.²¹

9.2.2.2 De aansprakelijkheid van het kind

In 1984 werden niet alleen de eerste stappen gezet door de CdC naar een verdergaande aansprakelijkheid van de ouders, maar er werd ook een baanbrekend arrest gewezen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de minderjarige. Het hoogste Franse rechtscollege oordeelde dat de ontoerekeningsvatbaarheid van de minderjarige *niet* in de weg stond aan zijn aansprakelijkheid op grond van eigen foutief gedrag.²² Sinds dit arrest wordt de schuld van het kind geobjectiveerd getoetst, onafhankelijk van de jeugdige leeftijd van het kind.²³ Het gedrag van het kind wordt derhalve getoetst aan de algemene zorgvuldigheidsnorm van een 'goed huisvader'.²⁴

Zowel voor de ouders als voor het kind geldt een vergaande aansprakelijkheid. Het slachtoffer kan zowel de ouders als het kind aanspreken.²⁵ Deze twee mogelijkheden voor het slachtoffer staan los van elkaar.

9.2.3 Engeland

9.2.3.1 De aansprakelijkheid van de ouders

Het Engelse recht kent met betrekking tot de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen geen bijzonder aansprakelijkheidsregime; de gewone regels van het aansprakelijkheidsrecht zijn van toepassing.²⁶ Behoudens enkele uitzonderingen rust op de ouders een schuldaansprakelijkheid. Zij zijn alleen aansprakelijk voor gedragingen van hun kinderen indien zij toerekenbaar tekortgeschoten zijn in het houden van toezicht op het

21 Cour de Cass. Ass. Plén. 13 december 2002, *Bulletin des arrest de la Cour de cassation. Assemblée Plénière Civile* (Bull. Civ. AP), nr. 3. Zie ook N. Lavrijssen & W.H. van Boom, 'Liability of parents according to Dutch law', *European Review of Private Law* (ERPL) 2004, p. 698-705.

22 Cour de Cassation Civ. 2e 12 december 1984, *Bulletin des arrest de la Cour de Cassation, Chambres civiles* (Bull.Civ.) II, nr. 193, p. 137.

23 L. Francoz-Terminal, F. Lafay, O. Moréteau & C. Pellerin-Rugliano, 'Children as Tortfeasors under French Law', in: M. Martin-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: SpringerWienNewYork 2006, p. 172 en 175. Zie ook H.N. Schelhaas, 'Aansprakelijkheid ouders', *TvP* 2005, p. 29.

24 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht I*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1996, nr. 72 e.v. Zie ook C.E. du Perron, 'De aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen in Europees perspectief', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria: opstellen aangeboden aan mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 225. Zie voorts Cour de Cass. Ass. Plén. 9 mei 1984, *D.* 1984 528, m.nt. F. Chabas (*Derguini*).

25 Zie art. 1382 en art. 1384 lid 4 van de Code Civil.

26 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 377 en C.E. du Perron, 'De aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen in Europees perspectief', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria: opstellen aangeboden aan mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 227.

kind.²⁷ Bij de aansprakelijkheid voor kinderen gaat het dus niet om een risicoaansprakelijkheid (*strict liability*). Als vereiste geldt steeds dat de ouder zelf onzorgvuldig handelde.²⁸

De verplichting tot het houden van toezicht (*standard of care*) wordt beheerst door *the standard of a reasonable person*. De reikwijdte van de vereiste mate van toezicht is afhankelijk van diverse omstandigheden: de mate van voorzienbaarheid van het gevaar (gelet op het karakter van het kind), de leeftijd en het geestelijke ontwikkelingsniveau van het kind. Of de ouders (buitenshuis) werken, is eveneens een relevante omstandigheid.²⁹ Het vereiste van toezicht is derhalve een subjectief criterium.

Ook voor wat betreft de bewijslast gelden de algemene regels uit het aansprakelijkheidsrecht. Het slachtoffer dient te bewijzen dat de ouder(s) niet voldaan hebben aan hun plicht tot het houden van voldoende toezicht.³⁰

9.2.3.2 De aansprakelijkheid van het kind

Voor wat betreft de eigen aansprakelijkheid van het kind geldt naar Engels recht, in tegenstelling tot de meeste Europese landen, geen minimale leeftijdsgrens. De aansprakelijkheid van kinderen wordt beoordeeld naar het gedrag dat van een normaal kind van dezelfde leeftijd kan worden verwacht.³¹

Voor wat betreft de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de ouders en de aansprakelijkheid van het kind zelf moet worden opgemerkt dat zowel de ouders als de kinderen onafhankelijk van elkaar aansprakelijk kunnen worden gesteld. De aard van

27 Als voorbeelden kunnen worden genoemd: de ouder die het kind een gevaarlijk voorwerp geeft of de ouder die nalaat om toezicht op het kind te houden in een gevaarlijke situatie. Zie hiervoor o.m. *Bebie vs Sales* (1916) 32, *Times Law Reports* (TLR) 413; *Donaldson vs Niven* (1952) 2, *All England Law Reports* (ALL ER), 691.

28 W.V.H. Rogers, 'Liability for Damage Caused by Others under English Law', in: J. Spier (red.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 67; S.P.H. Winfield & J.A. Jolowicz, *Winfield and Jolowicz on Tort*, Londen: Sweet & Maxwell 1994, p. 103-106; J.K. Phillips, 'Paying the Price for Our Children's Torts: Exploring Parental Liability Statutes Employed in the South', *bepress Legal Repository* 2004, nr. 433, p. 3-4, zie <www.law.bepress.com/expresso/eps/433>. De integrale versie van het artikel is online te raadplegen.

29 K. Oliphant, 'Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 161.

30 K. Oliphant, 'Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 162.

31 *Mullin vs Richards* (1998) 1, *Weekly Law Reports* (WLR) 1304. Zie ook C.E. du Perron, 'De aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen in Europees perspectief', in: D.C. Buijs e.a. (red.) *Mok-aria: opstellen aangeboden aan mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 227 en H.N. Schelhaas, 'Aansprakelijkheid ouders', *TvP* 2005, p. 29. Uit *McHale vs Watson* (1966) 115, *Commonwealth Law Reports* (CLR) 199, blijkt voorts dat het onder omstandigheden ook mogelijk is de 'standard of care applicable to children' niet alleen te toetsen aan het gedrag van een normaal kind van dezelfde leeftijd, maar ook aan het gedrag van een kind met dezelfde mate van intelligentie en ontwikkeling.

de schuldaansprakelijkheid brengt met zich mee dat een fout van het kind niet noodzakelijkerwijs hoeft te leiden tot aansprakelijkheid van de ouder(s).³²

9.2.4 Duitsland

9.2.4.1 De aansprakelijkheid van de ouders

De aansprakelijkheid van ouders voor kinderen naar Duits recht volgt uit § 832 van het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Kort gezegd geldt in Duitsland een schuldaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast. Deze aansprakelijkheid geldt niet alleen voor ouders, maar ook voor andere toezichthouders (*Aufsichtspflichtige*).³³ Dit aansprakelijkheidsregime hangt evenals in Nederland samen met de verplichtingen die voortvloeien uit het familierecht.³⁴ Krachtens het familierecht rusten op de ouders, op grond van hun verantwoordelijkheid jegens hun kinderen, bijzondere zorgplichten (*elterliche Sorge*).³⁵ Net als in het Engelse recht is in het Duitse recht vereist dat de ouders zélf een zorgplicht hebben geschonden. Het feit dat het kind een fout heeft begaan, regardeert de ouders in beginsel niet.³⁶ De objectieve standaardnorm waaraan getoetst wordt is die van een redelijk en zorgvuldig handelend volwassene.³⁷

De vereiste mate van toezicht is echter gesubjectieerd; net als in Nederland en Engeland hangt de reikwijdte van het toezicht af van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder de leeftijd en de ontwikkeling van het kind, alsmede het gevaar van de situatie.³⁸

De hiervoor genoemde objectieve standaardnorm brengt met zich mee dat er ten aanzien van de ouders een wettelijk vermoeden van schuld bestaat, waarvoor tegenbewijs mogelijk is.

De ouders kunnen zich disculperen op een tweetal gronden: door aan te tonen dat zij hun verplichting(en) als 'toezichthouder' zijn nagekomen of dat de schade ook zou zijn ingetreden wanneer voldoende toezicht zou zijn gehouden.³⁹

32 K. Oliphant, 'Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 164.

33 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht I*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1996, nr. 131-159.

34 J. Fedtke & U. Magnus, 'Liability for Damage Caused by Others under German Law', in: J. Spier (red.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 115.

35 Duitsland: zie § 1626 lid 1 en § 1631 lid 1 BGB. Nederland: zie art. 1:247 BW en art. 1:395a BW.

36 G. Wagner, 'Children as Tortfeasors under German Law', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 235 en 241.

37 J. Fedtke & U. Magnus, 'Liability for Damage Caused by Others under German Law', in: J. Spier (red.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 115.

38 C.E. du Perron, 'De aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen in Europees perspectief', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria: opstellen aangeboden aan mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 228.

39 H.N. Schelhaas, 'Aansprakelijkheid ouders', *TvP* 2005, p. 29. Zie ook B.M. Pajmans, 'Wetsvoorstel ter verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen', *AV&S* 2007, p. 58.

9.2.4.2 De aansprakelijkheid van het kind

Op grond van § 828 lid 1 BGB worden kinderen tot zes jaar absoluut ontoerekeningsvatbaar geacht, vanwege het ontbreken van *Deliktsfähigkeit* of *Einsichtsfähigkeit*. Dit houdt in dat het Duitse recht ervan uit gaat dat de kenbaarheid van het abstracte gevaar dat hun gedrag impliceert, bij kinderen tot zes jaar ontbreekt.⁴⁰ Civielrechtelijk kan deze groep kinderen dus nimmer aansprakelijk gesteld worden. Dit geldt op grond van § 827 BGB ook voor geestesgestoorde minderjarigen.

Indien aansprakelijkheid op basis van § 827 of § 828 BGB ontbreekt kan de veroorzaker op grond van een subsidiaire billijkheidsaansprakelijkheid (§ 829 BGB) toch worden verplicht tot het betalen van schadevergoeding.⁴¹

Voor wat betreft de minderjarige kinderen in de leeftijd van zeven tot achttien jaar geldt dat zij aansprakelijk zijn wanneer er voldoende *Einsichtsfähigkeit* aanwezig is.⁴² Volgens § 828 lid 2 en 3 is hiervoor beslissend of de jeugdige een voldoende verantwoordelijkheidsbesef heeft en of hij dit op het concrete geval kan projecteren.⁴³ Op enkele uitzonderingen in de lagere rechtspraak na zijn echter geen uitspraken bekend waarbij aansprakelijkheid werd afgewezen op grond van het ontbreken van *Einsichtsfähigkeit*.⁴⁴ Een vordering tegen een jeugdige kan echter wel stranden op het ontbreken van *Verschulden*, waarbij de toerekenbaarheid aan de schuld centraal staat en een objectieve toetsing plaatsvindt.⁴⁵ Deze objectieve toetsing houdt in dat de gedragingen van het kind dat de schade veroorzaakt, wordt vergeleken met een persoon die tot zijn leeftijdsgroep behoort (*typisierter Fahrlässigkeitsmaßstab*).⁴⁶

40 § 828 lid 1 BGB: 'Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem andere zufügt, nicht verantwortlich'. Zie E. Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*, Keulen: Heymann 1995, nr. 134; *Allgemeines Haftungsrecht*, Keulen: Heymann 1996, p. 294. Zie verder P. de Tavernier, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 47.

41 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 92 en C.E. du Perron, 'De aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen in Europees perspectief', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria: opstellen aangeboden aan mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 226.

42 Sinds de herziening van het Duitse Burgerlijk Wetboek in 2002, de 'Schuldrechtsreform', geldt een uitzondering voor kinderen van zeven, acht en negen jaar die schade toebrengen aan een motorvoertuig, het spoor of een kabelbaan. Zij zijn op grond van § 828 lid 2 BGB slechts aansprakelijk wanneer de schade opzettelijk is toegebracht. Zie hiervoor J.M. Smits, 'De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking', *NTBR* 2002, p. 368-381. Zie ook <www.arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=342>, p. 18. Een integrale versie van dit artikel is online te raadplegen.

43 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 90-91.

44 Zie bijvoorbeeld Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt 29 april 1977, *Versicherungsrecht (VersR)* 1978, 157; OLG Neustadt 17 december 1954, *VersR* 1955, 179.

45 Zie § 276 lid 2 BGB en G. Wagner, 'Children as Tortfeasors under German Law', in: M. Martin-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: SpringerWienNewYork 2006, p. 218.

46 Bundesgerichtshof (BGH) 28 februari 1984, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1984, 1958; BGH 14 november 1978, *NJW* 1979, 864 en BGH 21 mei 1963, *Entscheidungen des deutschen*

9.2.5 Oostenrijk

9.2.5.1 De aansprakelijkheid van de ouders

Het Oostenrijkse recht kent, evenals het Engelse recht, geen bijzonder aansprakelijkheidsregime voor ouders. Wel is in het Oostenrijkse Burgerlijk Wetboek (ABGB) een verplichting opgenomen voor ouders tot het houden van toezicht op hun kinderen jonger dan veertien jaar.⁴⁷ Uit de jurisprudentie blijkt dat deze verplichting ook geldt voor kinderen vanaf veertien jaar tot en met achttien jaar.⁴⁸ In Oostenrijk wordt een dergelijke wettelijke verplichting aangeduid met de term *Verkehrssicherungspflicht*.⁴⁹

Ook naar Oostenrijks recht geldt dat sprake is van een schuldaansprakelijkheid voor ouders, zonder omkering van de bewijslast.⁵⁰ Hoewel het meestal zo zal zijn dat bij aansprakelijkheid van de ouders het kind een toerekenbare onrechtmatige gedraging zal hebben verricht, is dit geen noodzakelijk vereiste voor aansprakelijkheid van de ouders. Voldoende is dat het kind de schade veroorzaakt heeft.⁵¹

9.2.5.1.2 De aansprakelijkheid van het kind

Ingevolge § 153 ABGB zijn de kinderen vanaf veertien jaar in beginsel volledig verantwoordelijk (*deliktsfähig*) voor hun eigen onrechtmatige gedragingen. Dit brengt met zich mee dat zij de bewijslast dragen van de stelling dat hun geestelijke ontwikkelingsniveau inferieur is aan het niveau van een meerderjarige.⁵²

De ‘fout’ van het kind is slechts één van de factoren die meewegen bij de beoordeling of het kind aansprakelijk is. De andere twee factoren zijn het gedrag van het slachtoffer zelf en de financiële omstandigheden van beide partijen.⁵³ In de Oostenrijkse literatuur wordt getwist over de vraag of deze twee factoren duiden op de vestiging van een soort billijkheidsaansprakelijkheid.⁵⁴

Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 39, 281. Zie ook C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 91.

47 Zie § 153 ABGB jo. § 1309 en 1310 ABGB.

48 Zie Oberster Gerichtshof (OGH) 27 januari 1971, *Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen (SZ)* 44/8, p. 24 en 27. De (privaatrechtelijke) meerderjarigheidsgrens ligt in Oostenrijk op 19 jaar.

49 H. Koziol & K. Vogel, ‘Liability for Damage Caused by Others under Austrian Law’, in: J. Spier (red.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 15.

50 § 1296 en § 1297 ABGB.

51 S. Hirsch, ‘Children as Tortfeasors under Austrian Law’, in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 44.

52 S. Hirsch, ‘Children as Tortfeasors under Austrian Law’, in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 8.

53 Zie § 1310 ABGB en S. Hirsch, ‘Children as Tortfeasors under Austrian Law’, in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 9.

54 S. Hirsch, ‘Children as Tortfeasors under Austrian Law’, in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 15.

De rechtspositie van kinderen onder de veertien jaar is naar Oostenrijks recht onduidelijk. Enerzijds wordt verondersteld dat kinderen onder de veertien jaar niet verantwoordelijk zijn voor hun eigen onrechtmatige gedragingen. Anderzijds is er geen sprake van een gefixeerde wettelijke leeftijdsgrens, een zogenaamde *starre Altersstufe*.⁵⁵ Uit een uitspraak van het *Oberster Gerichtshof* volgt dat zelfs kinderen onder de zeven jaar niet onder alle omstandigheden *deliktsunfähig* zijn. Gevolg is dat als het kind jonger is dan veertien jaar, de aansprakelijkheid gebaseerd wordt op de individuele capaciteit van het kind om in een concrete situatie als een redelijk wezen te handelen, waarbij de bewijslast op de schadelijdende partij ligt. Ondanks de wettelijke bepaling is het aan de rechter voorbehouden om te oordelen of de onrechtmatige gedraging van de minderjarige in een concrete situatie aan hem of haar kan worden toegerekend.⁵⁶

De hierboven geschetste onduidelijkheid ten aanzien van de kinderen onder de veertien jaar heeft in de praktijk evenwel weinig consequenties, omdat de aansprakelijkheid van de ouders vóór gaat. Slechts in het geval de ouder als toezichthouder niet aansprakelijk kan worden gehouden of de situatie dat de ouder aansprakelijk is, maar niet bij machte is de schade te vergoeden, kan de minderjarige in rechte worden aangesproken.⁵⁷

9.2.6 Tussenconclusie

Na deze rechtsvergelijkende exercitie keren we weer terug naar de thans in Nederland geldende aansprakelijkheidsregeling en het ingediende initiatiefwetsvoorstel. Wat opvalt is dat de huidige aansprakelijkheidsregeling van art. 6:169 jo. 6:164 BW in vergelijking met de hiervoor genoemde stelsels een middenpositie inneemt. Door uit te gaan van een risicoaansprakelijkheid voor kinderen tot veertien jaar gaat de Nederlandse regeling verder dan die van Engeland, Duitsland en Oostenrijk. Tegelijkertijd bevat de Nederlandse regeling voor wat betreft de veertien- en vijftienjarige kinderen gelijkenissen voor wat betreft de schuld aansprakelijkheid. Aan de andere kant is het huidige Nederlandse

55 P. de Tavernier, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 73.

56 In het kader van de hervorming van het aansprakelijkheidsrecht is door een special ingestelde werkgroep een tweetal voorontwerpen gepubliceerd. Zie voor het eerste ontwerp A. Fenyves, 'Haftung für schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten', in: I. Griss, G. Kathrein & H. Koziol (red.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Wenen: SpringerWienNewYork 2006, p. 54-55. Pas in het tweede ontwerp werd aan de onduidelijkheid met betrekking tot de leeftijdsgrenzen een einde gemaakt; in de ontwerp-tekst van § 1300 Abs 3 is bepaald dat de 'gewöhnliche Fähigkeiten und Kenntnisse' worden vermoed aanwezig te zijn bij kinderen vanaf 14 jaar. Voor kinderen tussen de zeven en de veertien jaar wordt het tegendeel vermoed. Voor kinderen onder de zes jaar is aansluiting gezocht bij het Duitse stelsel. Bij deze leeftijdsgroep ontbreekt de 'Deliktsfähigkeit', aldus de ontwerp-tekst. Zie I. Griss, G. Kathrein & H. Koziol (red.), 'Diskussionsentwurf der beim Bundesministerium für Justiz eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht, Vorläufige Endfassung', juni 2007, p. 1 en 5. Een integrale versie van het ontwerp is online te raadplegen: <www.etl.oew.ac.at/de/content/Publikation%20Entwurf%2026.6.07.pdf>.

57 S. Hirsch, 'Children as Tortfeasors under Austrian Law', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 48.

systeem minder vergaand dan het Franse systeem, dat uitgaat van een risicoaansprakelijkheid van de ouders voor alle minderjarige kinderen.

Het wetsvoorstel lijkt deze zorgvuldige en evenwichtige aansprakelijkheidsregeling te willen ombuigen tot een regeling die op Franse leest is geschoeid.

In het kader van het centrale thema van dit boek is het verleidelijk om de voorgestelde regeling al snel te betitelen als ‘paternalistisch’. Uit het wetsvoorstel blijkt immers dat door middel van overheidsingrijpen in regelgeving wordt geprobeerd door middel van een verdergaande aansprakelijkheid het slachtoffer te beschermen. Tevens heeft de indiener van het wetsvoorstel een gedragscorrigerende werking voor de ouder en het kind op het oog (zie § 1). Deze principiële benadering kan echter in de praktijk gedeeltelijk teniet worden gedaan door meer pragmatische overwegingen, zoals de verzekerbareheid van het risico. In het navolgende zal daarom worden ingegaan op de verzekeringsrechtelijke en verzekeringseconomische aspecten die van belang zijn bij de keuze voor de meest wenselijke aansprakelijkheidsregeling.

9.3 Verzekeringsrechtelijke en verzekeringseconomische aspecten

9.3.1 *De wisselwerking tussen wetgever en verzekeraar*

Niet alleen de wetgever, maar ook de verzekeraars kunnen een belangrijke rol spelen als het gaat om de compensatie van slachtoffers en het beïnvloeden van (on)wenselijk gedrag van rechtssubjecten in het privaatrecht.⁵⁸ De aansprakelijkheid voor minderjarigen is een typisch voorbeeld van een regeling die tot stand gekomen is door nauw overleg met de verzekeraars. De verzekerbareheid van het risico is belangrijk bij de keuze die de wetgever ten aanzien van een aansprakelijkheidsregeling maakt. Reeds in 1977 weigerde de verzekeringspraktijk om dekking te verlenen voor schade die *opzettelijk* is veroorzaakt door personen vanaf veertien jaar. De verzekeringsmaatschappijen achtten het risico op dergelijke schade te hoog, aangezien het voornamelijk de groep jongeren tussen de veertien en de achttien jaar bleek te zijn die opzettelijk schade veroorzaakten.⁵⁹

9.3.2 *Betere compensatie met het oog op slachtofferbescherming*

In het kader van de beoordeling van het wetsvoorstel ten aanzien van het aspect ‘compensatie voor het slachtoffer’ zal het vooral gaan om de opzettelijke gedragingen van minderjarige kinderen van veertien tot achttien jaar. In de opzetclausule wordt door de verzekeraars de aansprakelijkheid voor opzettelijk toegebrachte schade, veroorzaakt door kinderen in deze leeftijdsgroep, uitgesloten van dekking. In dit kader zij opgemerkt dat in de jurisprudentie als gevolg van het arrest *Aegon/Van der Linden* sinds 1998 een zeer restrictieve uitleg van de opzetclausule wordt gehanteerd; zelfs bepaalde

⁵⁸ T. Hartlief, ‘De grillige ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht met het oog op verzekerbareheid van aansprakelijkheid’, *AV&S* 2006, p. 101.

⁵⁹ Zie PG Boek 6, p. 665-670; *Tweede Kamer*, zitting 1975/76, 7729, nr. 6-7, p. 164.

criminele gedragingen zouden onder omstandigheden nog voor dekking in aanmerking komen.⁶⁰

De verzekeraars hebben deze wijziging als zeer onwenselijk gekwalificeerd: het slachtofferperspectief zou te veel domineren.⁶¹ Als gevolg hiervan is de opzetclausule in 2000 verruimd. Was in de oude clausule het opzet nog gekoppeld aan de schade, in de nieuwe clausule is het opzet van de verzekerde dat gericht is op de gedraging niet gedekt.⁶²

De schade als gevolg van 'gewone' onrechtmatige gedragingen van het kind is – ook onder de huidige aansprakelijkheidsregeling – in beginsel gedekt. Voorts dient in dit kader in ogenschouw te worden genomen dat de verzekeringsdichtheid voor wat betreft de (gezins) aansprakelijkheidsverzekering rond de 96% ligt.⁶³ Het leeuwendeel van de aangesproken ouders en kinderen zal derhalve een beroep kunnen doen op zijn verzekering.

In het licht van het voorgaande rijst de vraag of de voorgestelde verruiming van de risicoaansprakelijkheid zal leiden tot een betere slachtofferbescherming. Voor het antwoord op deze vraag kunnen de inzichten uit het verzekeringsrecht en de verzekerings-economie perspectief bieden. In dit verband zal met name worden ingegaan op de verzekeraarbaarheid van het risico en de mogelijke problemen die hierbij komen kijken.

Om goed aan te sluiten bij het wetsvoorstel zal de huidige verzekeringspraktijk voor wat betreft het verlenen van dekking moeten veranderen. De keuze voor een stelsel van risicoaansprakelijkheid staat of valt namelijk met de beschikbaarheid van een betaalbare verzekering voor het betrokken risico.⁶⁴ Wanneer de huidige praktijk ongewijzigd blijft zal de (opzettelijk) veroorzaakte schade immers op het conto worden geschreven van de ouder(s) van minderjarige kinderen in de leeftijd van veertien tot achttien jaar. De veronderstelling is gerechtvaardigd dat hier vaak ook minder draagkrachtige ouders bij zullen zitten. In dit scenario zal er van compensatie weinig terecht komen.⁶⁵

60 Zie HR 6 november 1998, NJ 1999, 220 (Aegon/Van der Linden). Zie ook N. van Tiggele & J.H. Wansink, 'Aansprakelijkheidsverzekering in familieverband', in: E. Engelhard, T. Hartlief & G. van Maanen (red.), *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 262 en J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 277 e.v.

61 T. Hartlief, 'Het gezin in het aansprakelijkheidsrecht', in: E. Engelhard, T. Hartlief & G. van Maanen (red.), *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 31 en T. Hartlief, 'Verzekerbaarheid van aansprakelijkheid in het perspectief van maatschappelijk verantwoord ondernemen', *SV&V* 2003, p. 246.

62 H.Th. Vos, 'De opzetclausule', in: T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 65-67; J.H. Wansink, 'De aansprakelijkheidsverzekering en opzettelijk veroorzaakte schade: een Januskop in beweging', *AV&S* 2000-0, p. 15 en 'Assurance oblige: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21e eeuw', *AV&S* 2003, p. 50.

63 Verbond van Verzekeraars, 'Verzekerd van cijfers 2007', p. 134. Zie <www.verbondvanverzekeraars.nl/UserFiles/File/cijfers/vvc2007/hfd12.pdf> Vgl. W.H. van Boom, 'Children as Tortfeasors under Dutch Law', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 301.

64 C.E. du Perron, 'De aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen in Europees perspectief', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria: opstellen aangeboden aan mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 227.

65 T. Hartlief, 'Jeugdcriminaliteit: de vernielers betaalt', *NJB* 2006, p. 1191. Hartlief merkt in niet mis te verstane bewoordingen op dat het wetsvoorstel zonder verzekeringsdekking ten dode is opgeschreven.

Los van de principiële vraag of het verzekeren van schade als gevolg van opzettelijk veroorzaakte schade vanuit preventief oogpunt wenselijk kan worden geacht, zullen de meeste verzekeraars waarschijnlijk niet bereid zijn deze schade te vergoeden. Daar komt bij dat de recente criminaliteitscijfers van jeugdigen niet echt nopen tot de conclusie dat van verzekeraars een andere houding dan tijdens de totstandkoming van de huidige regeling kan worden verwacht. Sterker nog: de verzekeraars zullen gezien deze cijfers en tendensen (zie noot 5) eerder geneigd zijn de dekking van risicoaansprakelijkheid en van opzettelijk toegebrachte schade te verlagen tot bijvoorbeeld de leeftijdsgrens van twaalf jaar.⁶⁶

Als verzekeraars de opzettelijk veroorzaakte schade in de voornoemde leeftijdsgroep wél zullen vergoeden ligt een premiestijging in de lijn der verwachtingen. In dit verband wijst Paijmans er bij de beoordeling van het wetsvoorstel op dat de minister tijdens de toenmalige discussie om de leeftijdsgrens van veertien jaar naar zestien jaar te verhogen reeds een premiestijging van 50 tot 75% verwachtte.⁶⁷ Frenk wijst voorts op het gevaar van een lagere verzekeringsdichtheid die waarschijnlijk het gevolg zal zijn van een premiestijging. Dit kan weer tot gevolg hebben dat zelfs bepaalde niet-opzettelijke gedragingen niet meer gedekt zullen worden.⁶⁸

Ook in de verzekeringseconomie wordt gewaarschuwd voor de inherente gevaren die verbonden zijn aan het verzekeren van bepaalde risico's. In de eerste plaats zorgt de verzekeringsmarkt lang niet altijd voor een goede spreiding van risico's richting degenen die deze het beste kunnen dragen.⁶⁹ We stuiten hier op het gevaar van anti-selectie wanneer goede en slechte risico's samen in een risicogroep worden gebracht en eenzelfde gemiddelde premie betalen. De verzekering wordt zo onaantrekkelijk voor de verzekerde die als 'goed risico' gekwalificeerd kan worden en zal daarom de groep verlaten.⁷⁰ Op de lange termijn zullen zodoende de slechte risico's onverzekerbaar worden, zodat de verzekeraar uiteindelijk met de gebakken peren blijft zitten.⁷¹

66 De leeftijdsgrens t.a.v. de risicoaansprakelijkheid van de ouders en de dekking voor opzettelijk toegebrachte schade, werd aanvankelijk op basis van de toen geldende statistieken over de jeugdcriminaliteit op twaalf jaar vastgesteld. Zie PG Boek 6, p. 679-680 en J.C. van Eijk-Graveland, *Verzekerbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Leiden), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 176.

67 B.M. Paijmans, 'Wetsvoorstel ter verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen', *AV&S* 2007, p. 61.

68 N. Frenk 'Utopische wetgeving en verzekeraar', *AV&S* 2006, p. 112.

69 J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 612.

70 Zie recentelijk nog W.H. van Boom & M.G. Faure, 'Hoe houdbaar zijn gedragsveronderstellingen in verzekeringsrecht en -economie?', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 315-316. De auteurs wijzen erop dat er echter (vooralsnog) geen onomstotelijk empirisch bewijs van de invloed van anti-selectie is te leveren.

71 Zie hiervoor M.G. Faure, 'Solidariteit en individualisering in private verzekering en sociale zekerheid', *NJB* 2005, p. 1786; T. Hartlief, 'Verzekeraar van aansprakelijkheid in het perspectief van maatschappelijk verantwoord ondernemen', *SV&V* 2003, p. 240-242; M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002, p. 140.

In de tweede plaats is er het informatieprobleem. Wil het risico verzekeraar zijn, dan zal de verzekeraar (bij voorkeur ex ante) dienen te beschikken over voldoende informatie omtrent de waarschijnlijkheid van het ongeval en de omvang van de schade.⁷² Het beschikken over voldoende nauwkeurige informatie is mede van belang met het oog op een mogelijke oplossing van het probleem van anti-selectie, namelijk het gebruikmaken van premiedifferentiatie. Een ver doorgevoerde premiedifferentiatie, waarbij zo veel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij de individuele leden van de groep, is echter vanuit kosten oogpunt niet haalbaar.⁷³ In de praktijk zal de verzekeraar slechts overgaan tot het classificeren van risico's.⁷⁴

Een andere oplossing om te voorkomen dat anti-selectie zal ontstaan, is de mogelijkheid van het invoeren van een (verplichte) directe verzekering naast of in plaats van het civiele aansprakelijkheidsrecht.⁷⁵ Los van het feit dat het invoeren van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering (vooralsnog) weinig kans van slagen heeft,⁷⁶ worden vanuit de verzekeringseconomische hoek hieromtrent ook de nodige kanttekeningen geplaatst. Gewezen wordt op het gevaar voor paternalisme, vooral wanneer er niet of nauwelijks sprake zou zijn van een serieus informatieprobleem. Ook wordt gewezen op het moreel risico (*moral hazard*) dat gepaard kan gaan met het invoeren van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering.⁷⁷ De aanwezigheid van het morele risico speelt vooral in het kader van de preventieve werking (zie § 3.3).

Het voorgaande maakt duidelijk dat het reëler is om op basis van de thans beschikbare statistieken omtrent de jeugddelinquentie en de gebruikelijke terughoudendheid van aansprakelijkheidsverzekeraars te veronderstellen dat bij uitbreiding van de risicoaansprakelijkheid geen dekking zal worden geboden voor opzettelijk veroorzaakte schade. Ook vanuit het oogpunt van de goede zeden c.q. de openbare orde ligt het niet voor de

72 Het nieuwe wetsvoorstel voorziet op individueel niveau in een (gedeeltelijke) oplossing voor dit probleem door toepassing van de art. 7:928 tot en met 7:930 BW. In deze artikelen is opgenomen dat de verzekeringnemer verplicht is feiten en omstandigheden mee te delen die voor de verzekeraar van belang zijn bij het beoordelen van het risico van het ontstaan van de schade. Het nietvoldoen aan deze mededelingsplicht kan ertoe leiden dat verzekeringnemer geen aanspraak kan maken op de overeengekomen uitkering. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 10.

73 E. Panneflek, 'Loondoorbetaling door het UWV bij faillissement', in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh & S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 148.

74 M.G. Faure, 'Solidariteiten individualisering in private verzekeringen sociale zekerheid', *NJB* 2005, p. 1786.

75 J.H. Wansink, 'Onverzekerbare aansprakelijkheid: (verplichte) directe verzekeringen een aanvaardbaar alternatief?', in: T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 416-421.

76 PG Boek 6, p. 680. Zie HR 14 februari 1969, *NJ* 1969, 189, m.nt. G.J. Scholten (*Elizabeth Kamerbeek*). Zie voorts C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 388-389.

77 M.G. Faure, 'The View from Law and Economics', in: G. Wagner (red.), *Tort Law and Liability Insurance*, Bonn: Springer Wien New York 2005, p. 240-242.

hand dat dekking zal worden geboden voor opzettelijk handelen.⁷⁸ De verhaalsmogelijkheden voor slachtoffers zullen er dus niet beter op worden.

9.3.3 De preventieve gedragscorrigerende werking

Het tweede, meer subsidiaire doel van het wetsvoorstel is het creëren en bevorderen van een preventieve gedragscorrigerende werking. De jeugdige daders (en hun ouders) zouden volgens de indiener van het wetsvoorstel onder de voorgestelde regeling meer bewust worden gemaakt van hun verantwoordelijkheid.⁷⁹

Van oudsher zijn juristen geneigd om vanuit het ex post-perspectief te denken. ‘Juristen geloven niet zo in de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht’, aldus Barendrecht.⁸⁰ De vergoeding van de reeds geleden schade staat in het aansprakelijkheidsrecht vaak centraal. Voor de beoordeling van het wetsvoorstel is juist het *ex ante*-perspectief belangrijk: hoe kan de veroorzaker geprikkeld worden tot het voorkomen van schade?⁸¹ Visscher concludeert in zijn dissertatie over de rechtseconomische analyse van het onrechtmatigedaadsrecht dat het voor wat betreft het verbeteren van zorgprikkelers in beginsel niet uitmaakt of voor een schuldaansprakelijkheid (foutaansprakelijkheid) of risicoaansprakelijkheid wordt gekozen.⁸²

Door juristen wordt vaak aangevoerd dat het aansprakelijkheidsrecht op zijn best een aanvullende werking heeft op het gebied van preventie, te meer doordat de aansprakelijkheid door een aansprakelijkheidsverzekering kan zijn gedekt. Het aansprakelijkheidsrecht zou daarom slechts een klein onderdeel zijn van het pakket aan prikkels die gevormd worden door andere mechanismen, zoals het strafrecht.⁸³ Ook in de rechts- en verzekeringseconomie worden enkele kanttekeningen geplaatst bij de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht vanwege de aanwezigheid van verzekeringsdekking. Gewezen wordt op het al eerder aangehaalde ‘moral hazard’-probleem, te weten dat de verzekerde minder zorg in acht neemt als het risico is weggenomen door de verzekering.⁸⁴ Daarmee wordt de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht ver-

78 Zie J.H. Wansink, ‘De aansprakelijkheidsverzekeringen opzettelijk veroorzaakte schade: een Januskop in beweging’, *AV&S* 2000, p. 15. Wansink meent dat de Hoge Raad in het arrest *Aegon/Van der Linden* deze grenzen overschreden heeft.

79 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 3.

80 J.M. Barendrecht, ‘Aansprakelijkheid en welzijn’, *NJB* 2002, p. 611.

81 S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge: Harvard University Press 1987, p. 277-286.

82 L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2005, p. 156-157.

83 Zie o.m. H.J.R. Kaptein, ‘Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid’, in: N.F. an Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Wie draagt de schade?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 83-84; J.M. Barendrecht, ‘Aansprakelijkheid en welzijn’, *NJB* 2002, p. 607-608; T. Hartlief, ‘Het gezin in het aansprakelijkheidsrecht’, in: E. Engelhard, T. Hartlief & G. van Maanen (red.), *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 5 en 7 en T. Hartlief, ‘Verzekeerbaarheid van aansprakelijkheid in het perspectief van maatschappelijk verantwoord ondernemen’, *SV&V* 2003, p. 238.

84 C. Parsons, ‘Moral hazard in Liability Insurance’, *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 2003, p. 448-471; S.A. Rea Jr., ‘The Economics of Insurance Law’, *International Review of Law*

schoven naar de aansprakelijkheidsverzekering. Bij verzekeringsdekking is het immers aan de verzekeraar om het moreel risico te controleren en te beperken door de dekking te limiteren in de vorm van clausules, premiedifferentiatie, eigen risico, e.d.

De voorgaande kanttekeningen zijn slechts één kant van de medaille. Zoals Hartlief terecht opmerkt, zorgt de aansprakelijkheidsverzekering ook voor solvente daders en tot een groeiende claimbereidheid, waardoor de preventieve werking zal versterkt worden:

‘de wetenschap dat er ex post aansprakelijkheid kan volgen, zal de potentiële dader ex ante tot voorzichtigheid aanzetten’.⁸⁵

Tegelijkertijd dient in aanmerking te worden genomen dat de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht sterk afhankelijk zal zijn van de betekenis op het specifieke terrein ten opzichte van andere mechanismen met prikkelwerking,⁸⁶ de mate waarin de verzekeraars zelf ‘prikkelen’ en bereid zijn te prikkelen (opzetclausule, premiedifferentiatie, controle) en niet te vergeten de te verwachten gedragingen (gedragspresumpties) van verzekerden. Tot op heden is er weinig reden tot optimisme, nu de premies (door de bank genomen) nog steeds worden gebaseerd op omzetcijfers of concurrentieoverwegingen en verzekeraars vooralsnog geen serieus preventiebeleid voeren.⁸⁷ Bovendien is het vanuit het oogpunt van gedragscorrectie of preventie van belang dat de schade ook daadwerkelijk gevoeld wordt door degene die haar veroorzaakt heeft.⁸⁸

Wanneer we de voorgaande inzichten op het wetsvoorstel toepassen, brengen deze inzichten mij tot de conclusie dat weinig te verwachten valt van de veronderstelde preventieve werking.

Wanneer we uitgaan van het meest gunstige scenario, namelijk dat de verzekeraar zo veel mogelijk prikkelmechanismen inbouwt, dient nog steeds de praktijk van alledag onder ogen te worden gezien. En het is juist deze maatschappelijke werkelijkheid waar de indier van het wetsvoorstel aan voorbij lijkt te gaan. Vanuit het perspectief van de ouders

and Economics 1993, p. 147 en 149; M.G. Faure, ‘The view from Law and Economics’, in: G. Wagner (red.), *Tort law and Liability Insurance*, Bonn: WienerSpringNewYork 2005, p. 265; M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002, p. 140.

85 T. Hartlief, ‘Verzekerbaarheid van aansprakelijkheid in het perspectief van maatschappelijk verantwoord ondernemen’, *SV&V* 2003, p. 239-240 en M.G. Faure & T. Hartlief, ‘Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering’, *RM Themis* 1998, p. 215.

86 T. Hartlief, ‘Verzekerbaarheid van aansprakelijkheid in het perspectief van maatschappelijk verantwoord ondernemen’, *SV&V* 2003, p. 238.

87 W.H. van Boom, ‘Waarheen leidt de weg...van werknemersschade?’, *AV&S* 2003, p. 39; T. Hartlief, ‘Verzekerbaarheid van aansprakelijkheid in het perspectief van maatschappelijk verantwoord ondernemen’, *SV&V* 2003, p. 241.

88 T. Hartlief, ‘Jeugdcriminaliteit: de vernielers betaalt’, *NJB* 2006, p. 1191; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 2. De mogelijkheid voor de verzekeraar tot het nemen van regres op (minderjarige) kinderen en andere gezinsleden is zowel onder het oude als het nieuwe verzekeringsrecht uitgesloten. Zie hiervoor E. Engelhard, ‘Regresclaims tegen gezinsleden’, in: E. Engelhard, T. Hartlief & G. van Maanen (red.), *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 271-278.

bezien rijst namelijk de vraag wat de ouders nog meer kunnen doen dan het houden van intensief toezicht.⁸⁹ Daarnaast zou, wanneer ouders van probleemjongeren nalatig zijn in het houden van toezicht, het bijzondere karakter van het gezinsverband nopen tot terughoudendheid tot een vergaande toepassing van het aansprakelijkheidsrecht. Dit geldt te meer voor de kinderen in de leeftijdsgroep van veertien tot achttien jaar. In het kader van de verzelfstandiging en ontplooiing van deze groep pubers zou ik het ongepast en paternalistisch vinden wanneer ouders aansprakelijk worden gesteld als gevolg van de beslissing hun kinderen min of meer 'vrij te laten'. Bovendien zou dit abnormaal of geforceerd gedrag aan de zijde van de ouders in de hand kunnen werken.⁹⁰

Vanuit het perspectief van de kinderen in de bewuste leeftijdscategorie kan in de eerste plaats worden opgemerkt dat deze leeftijdsgroep zich weinig gelegen laat liggen aan de vermaningen van hun ouders, vaak als gevolg van een onveilige gezinssituatie of door een 'overbeschermde' opvoeding.⁹¹ Ook het toezicht op deze groep jeugdigen zal minimaal zijn, aangezien met name de probleemjongeren (de veelplegers die een groot gedeelte van de jeugdcriminaliteit veroorzaken) zich zo veel mogelijk plegen te onttrekken aan het toezicht van hun ouders.⁹²

Frenk gaat nog een stap verder door te stellen dat de hiervoor genoemde groep probleemjongeren wellicht 'lekker zal gaan matten op kosten van hun ouders', in de wetenschap dat hun ouders (ook) voor hun gedragingen aansprakelijk zijn.⁹³ Hoewel deze vorm van moreel risico niet denkbeeldig is, zou ik zo ver niet willen gaan. Ik vraag mij ook af of het reëel is een dergelijk calculerend gedrag bij jongeren in deze leeftijdsgroep te veronderstellen, aangezien ik het mij moeilijk voor kan stellen dat de veertien- tot achttienjarige pubers volledig inzicht hebben in de privaatrechtelijke consequenties van hun gedrag.

Zelfs al zou er vanuit de gedachte van (volledige) autonomie voor het kind voor gekozen worden om alleen de minderjarigen aansprakelijk te laten zijn voor hun onrechtmatige gedragingen, dan verwacht ik in het licht van het voorgaande nog steeds weinig van de preventieve werking via het privaatrecht. Vanwege het punitieve karakter lijkt het strafrecht mij een beter instrument om een preventieve werking te bewerkstelligen.

Voor zover er met het wetsvoorstel een preventieve werking zou kunnen worden bereikt, zal het motto 'de vernielers betaalt' consequent gehanteerd dienen te worden. Dit is echter niet het geval. Enerzijds neemt het voorstel tot uitgangspunt dat degene die bewust de schade toebrengt hiervoor ook de verantwoordelijkheid dient te dragen. Deze

89 B.M. Paijmans, 'Wetsvoorstel ter verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen', *AV&S* 2007, p. 60; T. Hartlief, 'Jeugdcriminaliteit: de vernielers betaalt', *NJB* 2006, p. 1191.

90 Zie T. Hartlief, 'Het gezin in het aansprakelijkheidsrecht', in: E. Engelhard, T. Hartlief & G. van Maanen (red.), *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 12-13 en 17-19.

91 Zie voor een uitgebreid en recent onderzoek over opvoeding en jeugddelinquentie M. Hoeve, *Parenting and Juvenile Delinquency* (diss. Nijmegen 2008), <www.webdoc.ubn.ru.nl/mono/h/hoeve_m/pareanjud.pdf>, p. 201-207.

92 Zie <www.vetverkeerd.nl/jeugdcriminaliteit/> voor diverse cijfers en conclusies.

93 N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekeraar', *AV&S* 2006, p. 112.

eigen verantwoordelijkheid lijkt echter weinig om het lijf te hebben, nu met het oog op betere verhaalsmogelijkheden voor het slachtoffer ook een risicoaansprakelijkheid voor de (meer solvabele) ouder(s) wordt voorgesteld. Gevolg is dat de ouders uiteindelijk de ‘kinderen van de rekening’ worden en niet het kind zelf. Het beginsel ‘de vernielers betaalt’ zal waarschijnlijk niet gerealiseerd worden.

9.3.4 *Afrondende opmerkingen en suggesties*

Op grond van de voorgaande deelparagrafen kan worden gesteld dat het beoogde wetsvoorstel zeker geen panacee is. De ‘kwalen’, zoals de slechte verhaalsmogelijkheden en de toename van de jeugdcriminaliteit, alsmede de gebrekkige preventieve werking, zullen met de invoering van het wetsvoorstel waarschijnlijk niet worden genezen. Het voorstel lijkt mij dan ook geen probaat middel om de genoemde pijnpunten te verhelpen dan wel te verzachten. Het medicijn (de verruiming van de risicoaansprakelijkheid voor ouders) zal wellicht nog erger zijn dan de kwalen zelf. Het laten vervallen van de huidige schuldaansprakelijkheid en het creëren van een vergaande risicoaansprakelijkheid heeft naar mijn idee te veel weg van ‘het kind met het badwater weggoaien’. Ik sluit mij in dit verband dan ook graag aan bij Wansink, die meent dat:

‘het (...) de hoogste tijd (wordt) dat de kritische buitenwereld tot het besef komt dat het aansprakelijkheidsrecht slechts de schade van het slachtoffer naar de dader verplaatst en dat het eerst de verzekering is die de schade vervolgens spreidt over een collectief en aldus – in de meeste gevallen – aan het aansprakelijkheidsrecht feitelijk inhoud geeft als het gaat om slachtofferbescherming. Dat besef noopt ook tot terughoudendheid aan de zijde van de wetgever als het gaat om het introduceren van nieuwe vormen van risicoaansprakelijkheid die de illusie van slachtofferbescherming oproepen.’⁹⁴

Wat dan wel te doen? Welnu, op basis van de voorgaande overwegingen verdient het de aanbeveling om de oplossingen te zoeken in de verzekerings sfeer, met behoud van de huidige aansprakelijkheidsregeling.

Wansink's voorstel voor aanvullende slachtofferbescherming in de door de (nieuwe) opzetclausule bestreken schadegevallen, verdient naar mijn mening de voorkeur. Het voorstel komt erop neer dat het slachtoffer van een ‘criminele’ gedraging een gelimiteerde first party-dekking krijgt op zijn eigen AVP-polis (Aansprakelijkheidsverzekering Voor Particulieren), waarmee het slachtoffer aanspraak kan maken op een naar bedrag genormeerde uitkering tegen cessie van zijn vordering op de dader ter waarde van het uitgekeerde bedrag. In dit voorstel zouden als voorwaarden kunnen gelden dat er sprake moet zijn van een bekende dader, wiens AVP-polis geen dekking biedt op basis van de opzetclausule. Verder zou de uitkering uitsluitend betrekking dienen te hebben voor geleden personenschade, waarvoor het slachtoffer geen aanspraak op vergoeding

94 J.H. Wansink, ‘Assurance oblige: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21e eeuw’, *AVQ* 2003, p. 49.

heeft op grond van een andere verzekering, voorziening of fonds.⁹⁵ De polispraktijk volgt het voorstel van Wansink helaas nog niet massaal.⁹⁶

De verzekeraar dient daarom werk te maken van aanvullende oplossingen in de verzekeringssfeer, zodat het slachtofferprobleem uiteindelijk niet aan de samenleving wordt overgeheveld.⁹⁷ De wetgever dient hier dan ook in het overleg met verzekeraars op aan te sturen.

Voor adequate oplossingen dient daarnaast ook te worden gekeken naar de buitenlandse verzekeringsmarkt.⁹⁸ Hoewel ik mij in het voorgaande kritisch heb uitgelaten over het ingediende wetsvoorstel, dient in ogenschouw te worden genomen dat een land als Frankrijk eveneens een zeer vergaande risicoaansprakelijkheid kent voor zowel de ouders als het kind (zie § 2.2). Zo vreemd is de voorgestelde regeling dus niet.

Lijnrecht tegenover het Franse stelsel staat het Engelse stelsel, waarin de schuldaansprakelijkheid centraal staat. In § 4 zal worden ingegaan op de verzekeringspraktijk in beide landen, om de vraag te beantwoorden of en hoe een bepaald stelsel verzekeraar is en welke invloed het desbetreffende stelsel heeft op de verhaalsmogelijkheden voor het benadeelde slachtoffer.

9.4 De buitenlandse verzekeringsmarkt

9.4.1 De Franse verzekeringspraktijk

In Frankrijk maakt de particuliere aansprakelijkheidsverzekering doorgaans onderdeel uit van een gecombineerde inboedel- en opstalverzekering, de *l'assurance multirisques habitation*. In deze verzekering is dus een WA-verzekering (*responsabilité civile*) opgenomen. Hoewel dit in de praktijk niet veel voorkomt, kan ook geopteerd worden voor een aparte aansprakelijkheidsverzekering, de *responsabilité civile vie privée*.⁹⁹ Het contract *multirisques habitation* is verplicht voor huurders van huizen en wordt voor eigenaren

95 Zie o.m. J.H. Wansink, 'De aansprakelijkheidsverzekering en opzettelijk veroorzaakte schade: een Januskop in beweging', *AV&S* 2000, p. 16.

96 J.H. Wansink, *Assurance oblige: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21e eeuw*, *AV&S* 2003, p. 50.

97 T. Hartlief, 'Verzekerbaarheid van aansprakelijkheid in het perspectief van maatschappelijk verantwoord ondernemen', *SV&V* 2003, p. 246; J.H. Wansink, *Assurance oblige: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21e eeuw*, *AV&S* 2003, p. 50.

98 Zie N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekeraar', *AV&S* 2006, p. 109. De auteur wijst erop dat een oriëntatie op de buitenlandse verzekeringsmarkt zinvol kan zijn in het geval van informatieasymmetrie tussen wetgever en verzekeraars en wanneer het begrip 'onverzekerbaarheid' als machtswoord wordt gebruikt.

99 Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), 'La responsabilité civile du particulier et son assurance', Centre de Documentation et d'Information de l'Assurance (CDIE), Fiche F447, maart 2008, p. 4 en 'L'assurance de protection juridique', Fiche F103, januari 2008, p. 1, zie <[www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/rcparticulier/\\$file/F447marso8.pdf](http://www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/rcparticulier/$file/F447marso8.pdf)> <[www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/protecjuridique/\\$file/F103janvo8.pdf](http://www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/protecjuridique/$file/F103janvo8.pdf)>.

sterk aanbevolen.¹⁰⁰ Ouders zijn niet verplicht een aansprakelijkheidsverzekering voor hun kinderen af te sluiten.¹⁰¹ In de praktijk zal de verzekerde echter min of meer feitelijk verplicht worden een dergelijke verzekering af te sluiten, aangezien hypotheekhouders voor het verstrekken van een hypothecaire lening doorgaans een bewijs willen zien dat verzekerde een *l'assurance multirisques habitation* heeft.¹⁰² In de Franse literatuur wordt (tevergeefs) een sterk pleidooi gevoerd voor een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor het gezinshoofd.¹⁰³

Voor wat betreft de verzekering van opzet geldt dat in bepaalde gevallen van opzet geen dekking wordt verleend. Het gaat hier evenwel om een zeer restrictieve uitleg van art. L 113-1 van de Code des Assurances: alleen opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn wordt (wettelijk) uitgesloten van dekking.¹⁰⁴ Dit laat onverlet dat de verzekeraar gehouden is dekking te verlenen aan de ouders, ook in de voornoemde gevallen.¹⁰⁵ Verder is het zo dat in beginsel zelfs de ongehuwde meerderjarige kinderen onder de polisdekking vallen; in sommige gevallen geldt dit zelfs als deze kinderen doorgaans buitenshuis wonen.¹⁰⁶ Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de verzekeraar in de meeste gevallen zal moeten uitkeren. Hoewel de polis van de aansprakelijkheidsverzekering beslissend is, wordt de verzekeraars weinig ruimte gelaten om de uitsluitingsclausule ruim te formuleren.¹⁰⁷

Gezien de opmerkingen in § 3 over anti-selectie en onverzekerbaarheid kan de vraag opgeworpen worden of de vergaande risicoaansprakelijkheid en de hiervoor geschetste ruime dekking onverzekerbaarheid van het risico met zich heeft gebracht. Wanneer we

100 Zie 'Wonen en leven in Frankrijk verzekering van huis en inboedel', <www.infofrankrijk.com/pagina/Verzekering+van+huis+en+inboedel/281/#281> (geraadpleegd op 1 mei 2008).

101 Anders: C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 48.

102 L. Francoz-Terminal, F. Lafay, O. Moréteau & C. Pellerin-Rugliano, 'Children as Tortfeasors under French Law, in: M. Martin-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 185.

103 L. Francoz-Terminal, F. Lafay, O. Moréteau & C. Pellerin-Rugliano, 'Children as Tortfeasors under French Law, in: M. Martin-Casals (red.), *Children in tort law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 187.

104 Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), 'La responsabilité civile du particulier et son assurance', *Centre de Documentation et d'Information de l'Assurance* (CDIE), Fiche F447, maart 2008, p. 3, <[www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/rcparticulier/\\$file/F447marso8.pdf](http://www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/rcparticulier/$file/F447marso8.pdf)>. Zie ook Commission des Assurances, 'AVIS DOC C/2000/18', Brussel: 30 juni 2003, p. 9, <www.cdv-oca.be/nl/aboutcbfa/advorg/cvv/pdf/advice_c_2000_18.pdf>. Het opzet dient niet alleen gericht te zijn op de gedraging die de schade heeft veroorzaakt, maar ook op de schade zelf.

105 L. Francoz-Terminal, F. Lafay, O. Moréteau & C. Pellerin-Rugliano, 'Children as tortfeasors under French law', in: M. Martin-Casals (red.), *Children in tort law Part I: children as tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 186-187.

106 Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), 'La responsabilité civile du particulier et son assurance', *Centre de Documentation et d'Information de l'Assurance* (CDIE), Fiche F447, maart 2008, p. 3, <[www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/rcparticulier/\\$file/F447marso8.pdf](http://www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/rcparticulier/$file/F447marso8.pdf)>.

107 Y. Lambert-Favre & L. Leveneur, *Droit des assurances*, Parijs: Dalloz 2005, p. 481.

letten op de beschikbare gegevens en de jaarverslagen van het Franse Verbond van Verzekeraars dient deze vraag vooralsnog ontkennend te worden beantwoord.

Voor wat betreft de verzekering van eigendommen en aansprakelijkheid (*les assurances de biens et de responsabilité*) als geheel is een stijging aan premie-inkomsten te signaleren van 43,6% over acht jaar. Deze stijging is het gevolg van een sterke premiestijging over de afgelopen jaren.¹⁰⁸ Binnen deze totale groep nam de *responsabilité civile générale* in 2006 een bescheiden aandeel van 7,6% in en kende ten opzichte van 2005 een stijging van 5,6%; de gecombineerde verzekering *multirisques habitation* had een aandeel van 15,1% en kende een stijging van 5,4% in een jaar. Laatstgenoemde verzekering kende na jaren van forse groei een relatief geringe stijging aan premie-inkomsten.¹⁰⁹ Binnen de verzekeringsgroep *multirisques habitation* neemt de *responsabilité civile* slechts een percentage van 13% in.¹¹⁰ Hoewel een sterke premiestijging, goede nettore-sultaten en een bovengemiddelde solvabiliteitsmarge op de Franse verzekeringsmarkt kan worden gesignaleerd, neemt de aansprakelijkheidsverzekering een bescheiden plaats in binnen het geheel aan verzekeringen.¹¹¹

De invoering van de ver(der)gaande risicoaansprakelijkheid in 1997 zal wellicht een van de factoren zijn die aan bovengenoemde stijging heeft bijgedragen. De stijgingen met betrekking tot de *responsabilité civile* geven op dit moment geen redenen tot ongerustheid. Dit is merkwaardig te noemen, aangezien de genoemde stijgingen aanzienlijk hoger zijn dan de inflatie.¹¹² Wel springen de zogenoemde 'banlieurellen' uit 2005 in het oog. In het rapport van 2005 wordt melding gemaakt van een schadebedrag van 160 miljoen euro ten gevolge van 'Les violences urbaines'. Als gevolg van deze opeenstapeling van incidenten hebben de verzekeraars zich tevergeefs tot de Franse overheid gewend om te bewerkstelligen dat de Staat de schade zou vergoeden. De gebeurtenissen hebben wel aanleiding gegeven tot de start van een discussie in februari 2006 tussen politici en verzekeraars over preventie en (on)verzekerbareheid van risico's.¹¹³

Uit de jaarlijkse verslagen blijkt dat de structurele zorg over onverzekerbareheid zich echter voornamelijk uitstrekt tot verzekeringsterreinen als verkeersongevallen, letsel-

108 Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), 'Les données clés', in: Rapport 'L'assurance Française en 2006', p.17, <[www.ffa.fr/webffa/portailffa.nsf/html/rapport2006/\\$file/Rapportannuel2006.pdf](http://www.ffa.fr/webffa/portailffa.nsf/html/rapport2006/$file/Rapportannuel2006.pdf)>. Het gaat hier om een stijging van 29,8 miljard euro in 1998 naar 42,8 miljard euro in 2006.

109 Over 2005 werd zelfs een groei van 13,1% gesignaleerd.

110 Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), 'Les assurances de biens et de responsabilité', in: *Rapport L'assurance Française en 2006*, p. 36, <[www.ffa.fr/webffa/portailffa.nsf/html/rapport2006/\\$file/Rapportannuel2006.pdf](http://www.ffa.fr/webffa/portailffa.nsf/html/rapport2006/$file/Rapportannuel2006.pdf)>.

111 Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), 'Les assurances de biens et de responsabilité', in: *Rapport L'assurance Française en 2006*, p. 18 en 36.

112 Zie Eurostat, 'Inflation rate: annual average rate of change in Harmonised Indices of Consumer Prices (HICP's)', in: *General and Regional Statistics*, <www.epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page?_pageid=1073,46870091&_dad=portal&_schema=PORTAL&p_product_code=EB040>. In 2005 en 2006 bedroeg de inflatie 1,9%.

113 Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), 'Les assurances de dommages aux biens et de responsabilité', in: *Rapport L'assurance Française 2005*, p. 33, <[www.ffa.fr/webffa/portailffa.nsf/html/rapport2005/\\$file/rapportannuel2005s.pdf](http://www.ffa.fr/webffa/portailffa.nsf/html/rapport2005/$file/rapportannuel2005s.pdf)>.

schade, natuurrampen, terrorisme, collectieve acties, rechtsbijstand en medische aansprakelijkheid.¹¹⁴

Hoewel de beschikbare gegevens geen volledig inzicht geven in de (on)verzekerbaarheid van het onderhavige risico, zijn er geen signalen aanwezig die duiden op een slechte verhaalbaarheid aan de zijde van slachtoffers of een groeiende onverzekerbaarheid van het risico.¹¹⁵

Hoewel het op basis van de beschikbare gegevens onmogelijk is om hiervoor een sluitende verklaring te geven, denk ik dat een belangrijke verklaring kan zijn gelegen in het feit dat de aansprakelijkheidsverzekering onderdeel uitmaakt van een groter geheel. Zulks brengt met zich mee dat het gevaar voor anti-selectie minder potentieel is dan bij een 'stand alone'-verzekering. Groepen huishoudens die normaliter niet aan verhoogde risico's blootstaan en toch een relatief hoge premie betalen, zullen mogelijk minder snel geneigd zijn hun verzekering op te zeggen, waardoor het gevaar voor onverzekerbaarheid binnen deze verzekeringsgroep minder snel aanwezig is.

Wanneer de significante premiestijgingen (afgezet tegen de inflatiecijfers) zich echter in de toekomst in dezelfde lijn zullen ontwikkelen, lijkt het gevaar voor onverzekerbaarheid mij op de lange termijn niet denkbeeldig.

9.4.2 De Engelse verzekeringspraktijk

Net als in Frankrijk kent men in Engeland geen aparte (gezins) aansprakelijkheidsverzekering. Ook in Engeland maakt de aansprakelijkheidsverzekering deel uit van een andere verzekering. In het kader van de aansprakelijkheid van en voor (minderjarige) kinderen zijn een tweetal verzekeringen van belang, namelijk de opstalverzekering (*buildings insurance*) en de inboedelverzekering (*contents insurance*).¹¹⁶

In tegenstelling tot Frankrijk zijn de inboedel- en opstalverzekering van elkaar gescheiden en kan de aansprakelijkheid onder beide verzekeringen gedekt zijn. Dit brengt ook met zich dat beide verzekeringen bij twee verschillende verzekeringsmaatschappijen kunnen worden afgesloten.¹¹⁷

114 Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), 'Les assurances de (dommages aux) biens et de responsabilité', in: *Rapport 'L'assurance Française en 2004, 2005 et 2006*, p. 29-34 (2005 en 2006) en p. 22-30 (2004). Zie voor het rapport over 2004: <[www.ffsa.fr/web-ffsa/portailffsa.nsf/html/rapport2004/\\$file/rapportannuel2004.pdf](http://www.ffsa.fr/web-ffsa/portailffsa.nsf/html/rapport2004/$file/rapportannuel2004.pdf)>.

115 Zie ook L. Francoz-Terminal, F. Lafay, O. Moréteau & C. Pellerin-Rugliano, 'Children as Tortfeasors under French Law', in: M. Martin-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 191. De auteurs benadrukken dat de discussie omtrent de insolventie van het kind en de tekortschietende verhaal mogelijkheden voor het slachtoffer slechts een theoretische discussie is; het slachtoffer kan in een procedure verhaal halen bij zowel de ouders als het kind.

116 Association of British Insurers (ABI), 'Home Buildings and Contents Insurance', <www.abi.org.uk/Display/default.asp?Menu_ID=1140&Menu_All=1,946,1140&Child_ID=395>. Zie ook K. Oliphant, 'Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales', in: M. Martin-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer-WienNewYork 2006, p. 158.

117 Association of British Insurers (ABI), 'Home Buildings and Contents Insurance', <www.abi.org.uk/Display/default.asp?Menu_ID=1140&Menu_All=1,946,1140&Child_ID=395>.

De ouders hebben wettelijk gezien geen verplichting om een aansprakelijkheidsverzekering voor hun kinderen af te sluiten.¹¹⁸ Wel wordt de opstalverzekering in de praktijk verplicht gesteld als voorwaarde voor het verkrijgen van een hypothecaire lening. Aangezien de opstalverzekering alleen voor de *eigenaar* van een woning geldt en de 'aansprakelijkheid in gezinsverband' doorgaans wordt gedekt door de inboedelverzekering,¹¹⁹ dient aan laatstgenoemde verzekering meer belang te worden toegekend.¹²⁰

Opzettelijk toegebrachte schade wordt in de gebruikelijke clausules uitgesloten van dekking.¹²¹ Het slachtoffer van opzettelijke toegebrachte schade of letsel komt echter wél in aanmerking voor verzekeringsdekking onder zijn eigen verzekering.¹²² Een algemene wettelijke uitsluiting of een algemeen principe omtrent de uitsluiting van dekking als gevolg van opzettelijk handelen is in het common law-systeem niet aanwezig.¹²³

De vaststelling en de berekening van de premie, alsmede de eventuele uitoefening van premiedifferentiatie, is gebaseerd op 'first party'-elementen, zoals de waarde van de inboedel en de locatie van het eigendomsobject (woning).¹²⁴ In dit laatste geval maken verzekeraars gebruik van de postcode van bijvoorbeeld de te verzekeren woning, ten-

118 R. Lewis, 'The Relationship Between Tort Law and Liability Insurance in England and Wales', in: G. Wagner (red.), *Tort Law and Liability Insurance*, Bonn: Springer Wien New York 2005, p. 59. Zie ook Association of British Insurers, 'Liability Insurance', <www.abi.org.uk/Display/default.asp?Menu_ID=1140&Menu_All=946,1140,0&Child_ID=420>.

119 De dekking strekt zich uit tot een maximum van 2 tot 3 miljoen euro (plus de kosten). Zie hierover W.V.H. Rogers, 'Liability for Damage Caused by Others under English Law', in: J. Spier (red.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 67 en K. Oliphant, 'Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 158. Zie voorts Association of British Insurers (ABI), 'Home Contents Insurance', zie <www.abi.org.uk/Display/default.asp?Menu_ID=1140&Menu_All=1,946,1140&Child_ID=411>.

120 De verzekeringsdichtheid van de 'contents insurance' is in vergelijking met de andere 'household' verzekeringsproducten het hoogst: ongeveer 77% van de huishoudens heeft een household 'contents insurance'. Zie Association of British Insurers, 'UK Insurance – Key Facts', januari 2007 (gegevens bijgewerkt tot 2005), p. 5, <www.abi.org.uk/BookShop/ResearchReports/UK%20Insurance%20-%20Key%20Facts%202007.pdf>.

121 K. Oliphant, 'Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 159. Zie bijv. Association of British Insurers (ABI), 'Statement of Best Practice for Income Protection Insurance', augustus 2003 (gewijzigd op 14 januari 2005), zie <www.abi.org.uk/Display/default.asp?Menu_ID=946&Menu_All=1,946,0&Child_ID=195>. Zie voor een standaardpolis onder 'Contents Insurance': <www.rac.co.uk/web/insurance/home/policy/180304_311004#partf>, Part A: Contents Standard Cover en Part B: Contents Additional Cover. In dit kader wordt gesproken wordt over deliberate, malicious, wilful en criminal acts. Zelfs tegen betaling van een aanvullende premie worden dergelijke gedragingen niet gedekt.

122 Zie M. Clarke, *Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 255-256. Vgl. in dit kader het reeds eerder besproken voorstel van Wansink, p. 23.

123 K. Oliphant, 'The Structure of the Intentional Torts', in: J.W. Neyers, E. Chamberlain & S.G.A. Pitel (red.), *Emerging Issues in Tort Law*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 530-531.

124 K. Oliphant, 'Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 159.

einde inzicht te krijgen in de verzekerbbaarheid van het risico.¹²⁵ Het voorgaande brengt met zich mee dat 'third-party'-elementen, zoals het criminele verleden van het kind, niet worden meegewogen bij de vaststelling van de premie. Er is derhalve slechts sprake van een algemene classificatie van risico's (zie p. 18).

In het algemeen kan worden gesteld dat de aansprakelijkheid van minderjarige kinderen onder het in Engeland geldende aansprakelijkheidsstelsel niet als problematisch wordt gezien. Ook is er tot op heden geen aanleiding tot een discussie over een 'excessive tort liability' onder het Engelse recht.¹²⁶ Over een eventuele preventieve gedragscorrigerende werking via het aansprakelijkheidsrecht wordt evenmin gesproken.¹²⁷

Wanneer we letten op de beschreven tendensen en statistische gegevens, afkomstig uit de Engelse verzekeringsbranche, zijn er evenmin redenen tot ongerustheid voor wat betreft de verzekerbbaarheid van het risico. Wel kan worden geconstateerd dat er sprake is van een significante groei van de huishoudelijke vraag naar verzekeringsproducten in de categorie 'general insurance'.¹²⁸ Verder valt over de periode 1995 tot 2005 op te merken dat het bedrag aan uitgekeerde claims met maar liefst 68% is gestegen, hetgeen ook binnen de categorie 'liability' heeft geleid tot negatieve resultaten voor de verzekeraars, afgezet tegen het bedrag aan premie-inkomsten.¹²⁹ Pas voor het eerst in 2006 is een licht positief resultaat geboekt, met name als gevolg van een reductie aan uitgaven aan de zijde van verzekeraars.¹³⁰

Bovengenoemde ontwikkelingen kunnen echter niet worden toegeschreven aan problemen van (on)verzekerbbaarheid die verband houden met de claims betreffende de aansprakelijkheidsverzekering die onderdeel uitmaakt van de inboedelverzekering. De problemen zien met name op het toenemende aantal (kleine) claims die samenhangen met

125 Association of British Insurers (ABI), 'Home Buildings and Contents Insurance', zie <www.abi.org.uk/Display/default.asp?Menu_ID=1140&Menu_All=1,946,1140&Child_ID=395>.

126 K. Oliphant, 'Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 160.

127 R. Lewis, 'The Relationship Between Tort Law and Liability Insurance in England and Wales', in: G. Wagner (red.), *Tort Law and Liability Insurance*, Bonn: Springer Wien New York 2005, p. 47-85.

128 Association of British Insurers (ABI), 'The Economic Value of General Insurance (appendices)' p. 21-24, <www.abi.org.uk/Display/File/523/Full_economic_report_appendices_web_version.pdf>. Hieronder valt ook de 'contents insurance'.

129 Association of British Insurers (ABI), 'UK Insurance – Key Facts', januari 2007 (gegevens bijgewerkt tot 2005), p. 7 en 8, zie <www.abi.org.uk/BookShop/ResearchReports/UK%20Insurance%20-%20Key%20Facts%202007.pdf>; Association of British Insurers, 'Statistical Overview of UK Insurance in 2006', Data Bulletin September 2007, p. 2 en 3, zie <www.abi.org.uk/Display/File/524/Annual_Overview_2006.pdf>.

130 Association of British Insurers (ABI), 'UK Insurance – Key Facts', januari 2007 (gegevens bijgewerkt tot 2005), p. 7. In dit kader wordt gesproken over een negatief 'underwriting result'.

de verzekering van de 'employers liability', 'public liability' en 'motor vehicle liability'.¹³¹ Ook doen zich structurele problemen voor op het gebied van de aansprakelijkheid van onverzekerde automobilisten en motorrijders, als gevolg waarvan aanvullende slachtofferbescherming noodzakelijk is. In beide situaties zien we echter dat geopteerd wordt voor oplossingen in de verzekerings sfeer en niet voor systeem- of wetsaanpassingen.¹³² In dit verband dient opnieuw de invloed van het aansprakelijkheidsrecht te worden gerelativeerd. Lewis wijst hier op in zijn onderzoek naar de invloed van aanpassingen van het aansprakelijkheidsrecht op crises in de verzekeringsindustrie. Hij concludeert dat wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht een beperkte invloed hebben op het ontstaan van crises in de verzekeringsindustrie.¹³³

Verder dient te worden vastgesteld dat de inboedelverzekering, ondanks de relatief hoge verzekeringsdichtheid, binnen de totale groep verzekeringen het kleinste aandeel vormt voor wat betreft de premie-inkomsten en gemiddelde verzekeringsuitgaven voor de huishoudens.¹³⁴ Daarnaast is het gevaar voor anti-selectie over het algemeen minder groot wanneer de aansprakelijkheidsverzekering deel uitmaakt van een groter geheel (zie § 4.1).

Met het voorgaande is echter niet gezegd dat de jeugdige criminelen of raddraaiers geen maatschappelijk probleem zouden vormen. Op politiek en strafrechtelijk niveau wordt wel degelijk aandacht geschonken aan het probleem van 'bad children' en 'dysfunctional families'.¹³⁵ In 2003 is de zogenoemde 'Anti-Social Behavior Act' ingevoerd, teneinde ouders meer bewust te maken van hun verantwoordelijkheid voor hun kinderen. Deze wet maakt het mogelijk dat door de rechtbanken aan de ouders 'parenting orders' worden gegeven, wanneer het kind voor bepaalde strafrechtelijke gedragingen is veroordeeld.¹³⁶ Mijn inziens een duidelijk voorbeeld van paternalisme, maar dan binnen het strafrecht.

131 Association of British Insurers (ABI), 'Care and compensation', december 2005, p. 5-14, zie <www.abi.org.uk/Display/File/Child/578/finalapp.compensation1.pdf>; 'Improving the small claims track for personal injury', juli 2006, p. 1-20, zie <www.abi.org.uk/Display/File/Child/578/small_claims_paper_post_Which_comments.pdf> en Frontier Economics, 'Outcomes for legally represented and unrepresented claimants in personal injury compensation', Londen: Association of British Insurers 2006, p. 3-17, <www.abi.org.uk/Display/File/Child/578/RPT-In-impact_of_legal_representation-stc2-070706.pdf>.

132 Association of British Insurers (ABI), 'Annual Report 03/04', p. 4-5, zie <www.abi.org.uk/Display/File/364/ABI_ANNUAL_REPORT.pdf>.

133 R. Lewis, 'The Relationship Between Tort Law and Liability Insurance in England and Wales', in: G. Wagner (red.), *Tort Law and Liability Insurance*, Bonn: Springer Wien New York 2005, p. 82-84. Volgens Lewis dient de belangrijkste oorzaak voor deze crises gevonden te worden in een stijging van de hoogte van de schadevergoedingen en andere kosten per claim.

134 Association of British Insurers (ABI), 'UK Insurance – Key Facts', januari 2007, p. 5, 7 en 8 (gegevens bijgewerkt tot 2005), zie <www.abi.org.uk/BookShop/ResearchReports/UK%20Insurance%20-%20Key%20Facts%202007.pdf>.

135 Zie Home Office, 'Respect and Responsibility – Taking a Stand Against Anti-Social Behavior', Norwich: The Stationery Office (TSO) 2003, zie <www.archive2.official-documents.co.uk/document/cm57/5778/5778.pdf>.

136 Anti-Social Behaviour Act 2003, titel 3. Zie hiervoor <www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga_20030038_en_1>. Zie ook K. Oliphant, 'Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 147-148.

Opmerkelijk is dat vooralsnog in het Engelse aansprakelijkheidsrecht geen discussie lijkt te worden gevoerd over maatregelen ter compensatie van het slachtoffer in geval van opzet. Er zijn ook geen signalen aan te wijzen dat sprake zou zijn van een problematische situatie voor het slachtoffer. Een mogelijke verklaring kan zijn gelegen in de hiervoor beschreven mogelijkheid voor het slachtoffer om zich te verzekeren tegen opzettelijk door derden toegebrachte (letsel)schade. Een andere verklaring kan wellicht gevonden worden in een ten opzichte van Nederland ruimere toepassing van de schadevergoedingsmaatregel via het strafrecht.¹³⁷ Sinds 1973 kunnen rechters een schadevergoedingsmaatregel opleggen aan een ieder die wordt veroordeeld wegens een strafbaar feit, waarbij de rechter een goede reden moet hebben om de schadevergoedingsmaatregel niet toe te kennen.¹³⁸ Bij kinderen onder de zestien jaar kan de schadevergoedingsmaatregel ook aan de ouders worden opgelegd.¹³⁹

Op basis van de hiervoor geschetste ontwikkelingen is het op zijn minst merkwaardig en inconsequent te noemen dat ten aanzien van het compensatieaspect in het Engelse privaatrecht het autonomieperspectief centraal staat en dat in het strafrecht de nadruk wordt gelegd op het paternalistische perspectief. De problematiek van insolvente ouders en (on)verzekerbaarheid zal immers ook ten aanzien van de schadevergoedingsmaatregel opgeld doen.

9.5 Conclusies en aanbevelingen

De keuze tussen meer daderbescherming of meer slachtofferbescherming is een principiële en politieke keuze. Het betreft een keuze tussen zelfstandigheid en verantwoordelijkheid, tussen autonomie en paternalisme. Het spanningsveld tussen autonomie en paternalisme tekent zich ook duidelijk af wanneer we letten op de aansprakelijkheid van ouders voor de onrechtmatige gedragingen van hun (minderjarige) kinderen. In deze bijdrage is het wetsvoorstel tot verruiming van de aansprakelijkheid voor gedragingen van veertien- tot achttienjarige kinderen kritisch tegen het licht gehouden. Daarbij is gekozen voor een beoordeling vanuit een breder, Europees perspectief.

In het voorgaande is aangetoond dat de huidige Nederlandse regeling vanuit Europees perspectief gezien een middenpositie inneemt, waarbij naar mijn mening aan de ene kant recht gedaan wordt aan de autonomie van het kind en deze autonomie aan de andere kant haar begrenzing vindt in de (wettelijke) verantwoordelijkheid van de ouders (§ 2). Tegelijkertijd dienen de gesignaleerde problemen, zoals de toenemende jeugdcriminaliteit en de tekortschietende verhaalsmogelijkheden voor het slachtoffer onder ogen gezien te worden.

¹³⁷ Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 519, nr. 3, p. 6 voor de door de indiener van het onderhavige wetsvoorstel geschetste problemen m.b.t. de schadevergoedingsmaatregel in het Nederlandse strafrecht.

¹³⁸ Powers of Criminal Courts Act 1973, par. 35.

¹³⁹ Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, par. 130 sub 3 en par. 134 jo. 137. Zie hiervoor K. Oliphant, 'Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales', in: M. Martín-Casals (red.), *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wenen: Springer Wien New York 2006, p. 150-151.

In deze bijdrage is betoogd dat de voorgestelde rigoureuze aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht onwenselijk is en hoogstwaarschijnlijk niet zal leiden tot betere verhaalsmogelijkheden voor het slachtoffer (§ 3). De principiële afwegingen die ten grondslag liggen aan de keuze voor een overwegend ‘autonoom’ of ‘paternalistisch’ aansprakelijkheidsstelsel kunnen in de praktijk deels teniet worden gedaan door de invloedrijke rol die verzekeraars spelen op de verzekeringsmarkt. Zoals gezegd is de aansprakelijkheid van de ouders en van het kind bij uitstek een onderwerp waarvoor nauw overleg met verzekeraars noodzakelijk is. De wetgever dient dan ook terdege rekening te houden met de hiervoor geschetste praktijkproblemen, zoals de (on)verzekerbare opzet, premiestijgingen, de aanwezigheid van moreel risico en de problematiek van anti-selectie. Hoewel het voorstel voor het vergroten van slachtofferbescherming mij sympathiek voorkomt, geeft de indiener van het wetsvoorstel mijns inziens onvoldoende rekenschap van de hiervoor geschetste problematiek in de verzekeringssfeer.

Voorts toont het onderzoek naar de Franse verzekeringspraktijk enerzijds aan dat een vergaande risicoaansprakelijkheid vanuit het oogpunt van verzekerbare slachtofferbescherming niet per definitie problematisch hoeft te zijn. Anderzijds dient geconstateerd te worden dat de levensvatbaarheid van een dergelijk stelsel sterk afhangt van de verzekerings- en polispraktijk, die in Frankrijk en Engeland anders is vormgegeven dan in Nederland. De vergelijking tussen Engeland en Frankrijk toont dus aan dat het belang van de keuze voor een bepaald aansprakelijkheidsstelsel niet overschat dient te worden (§ 4).

Mijn conclusie voor wat betreft het verbeteren van verhaalsmogelijkheden voor het slachtoffer is dat de oplossingen voor (aanvullende) slachtofferbescherming in de eerste plaats gezocht dienen te worden in de verzekeringssfeer. De overheid dient in het overleg met verzekeraars op dergelijke oplossingen aan te sturen. Het hiervoor beschreven voorstel van Wansink geniet in dit kader mijn voorkeur. Tevens verdient het de aanbeveling om, in aansluiting met de Engelse en Franse verzekeringsmarkt, te onderzoeken in hoeverre het mogelijk en wenselijk is de aansprakelijkheidsverzekering onderdeel te laten maken van een andere (min of meer verplichte) verzekering. Daarbij dient gekeken te worden naar de wenselijkheid hiervan voor andere gebeurtenissen die tevens onder de aansprakelijkheidsverzekering gedekt zijn. Tevens dient de impact van een samengesteld verzekeringsproduct op de mededinging in de verzekeringsmarkt onderzocht te worden.

In het kader van het tweede beoogde doel van het wetsvoorstel (het realiseren van een verhoogde preventieve werking) dient mijns inziens primair voor de strafrechtelijke weg gekozen te worden. Daarbij dient net als in het privaatrecht gewaakt te worden voor een vergaande paternalistische benadering. In dit verband zij gewezen op de geschetste tendens in Engeland, waarbij de probleemjongeren en hun ouders via het strafrecht gedwongen worden meer verantwoordelijkheid en rekenschap af te leggen voor hun handelen of nalaten.

In het voorgaande is aangetoond dat weinig valt te verwachten van een preventieve werking via het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht, te meer wanneer het gaat om (opzettelijke) daden van minderjarige kinderen die (door de bank genomen) onvoldoende in staat zijn de civielrechtelijke gevolgen van hun gedrag te overzien. Ook ten aanzien

van de ouders verwacht ik niet dat de voorgestelde verruiming van de risicoaansprakelijkheid leidt tot meer zorgprikkelers.

Ten slotte concludeer ik met Spier dat

‘het probleem (...) in feite onoplosbaar (is). Welke oplossing men ook kiest, ten minste een van de betrokkenen – het slachtoffer, de aansprakelijke persoon, hun verzekeraars of de samenleving als geheel – zal de ‘zwarte piet der aansprakelijkheid’ toegeschoven krijgen. Waar het op aankomt is derhalve het kiezen van de minst slechte oplossing. Daarbij moet worden getracht zo weinig mogelijk pijn te veroorzaken (...)’.¹⁴⁰

De keuze voor een vrij ingrijpende aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht zal echter de nodige pijnpunten met zich meebrengen. Aangezien de verzekering de spin is in het aansprakelijkheidsweb, zullen de oplossingen in de verzekeringssfeer gezocht moeten worden. De huidige kinderen van de rekening – het slachtoffer, zijn verzekeraar of de samenleving als geheel – zullen op deze manier het minst in hun portemonnee worden geraakt.

¹⁴⁰ A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 39. Zie ook J.H. Wansink, ‘Onverzekerbare aansprakelijkheid: (verplichte) directe verzekeringen een aanvaardbaar alternatief?’, in: T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 421.

X Vermogensbescherming van minderjarigen: te veel, te weinig of precies genoeg?

Merel Koppenol

In deze bijdrage wordt de vermogensbescherming van minderjarigen behandeld. Een maatregel die tot doel heeft om minderjarigen vermogensrechtelijk te beschermen moet effectief zijn. Om die reden is het belangrijk dat een dergelijke maatregel aansluit bij de psychologische ontwikkeling van minderjarigen. Centraal staat dan ook de vraag of de huidige vermogensbescherming van minderjarigen aansluit bij de psychologische ontwikkeling die zij doormaken.

Er zal worden gekeken naar de psychologische ontwikkeling van minderjarigen en in het bijzonder naar de consumentensocialisatie. Dit is het proces waarbij kinderen de vaardigheden, kennis en attitudes aanleren die nodig zijn om als consument te functioneren. Voor een beter begrip van de vermogensbescherming van minderjarigen, zal een algemeen beeld geschetst worden van de wijzen waarop minderjarigen vermogensrechtelijk beschermd worden. Hierbij zal aandacht worden besteed aan de handelingsonbekwaamheid, de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn audiovisuele mediadiensten. Daarna zal worden geëvalueerd of de vermogensbescherming van minderjarigen aansluit bij de psychologische ontwikkeling van minderjarigen. Eén van de constateringen is dat de huidige wijzen van vermogensrechtelijke bescherming van minderjarigen onvoldoende aansluiten bij de psychologische ontwikkeling die zij doormaken. Zo wordt bij de handelingsonbekwaamheid geen rekening gehouden met de omstandigheid dat minderjarigen al vanaf hun twaalfde levensjaar alle kenmerken bezitten van een volwaardig consument. Daarnaast maken de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn audiovisuele mediadiensten geen onderscheid tussen de leeftijds categorieën van minderjarigen. Bovendien valt te betwijfelen of bescherming van minderjarigen door de overheid überhaupt zal werken.

10.1 Inleiding

Jongeren tussen de twaalf en achttien jaar hebben een gemiddeld inkomen van € 109 per maand.¹ Uit onderzoek blijkt echter dat 45 procent van de jongeren wel eens geld van anderen leent.² Bijna de helft van de jongeren heeft dus een tekort aan geld. Dit kan ernstige vermogensrechtelijke gevolgen hebben, zowel op korte als op lange termijn. Jongeren kunnen zich diep in de schulden steken met in het uiterste geval een schuldsanering tot gevolg. In het debat over de vermogensbescherming van minderjarigen

1 Nibud Scholierenonderzoek 2006-2007. Gratis op te vragen via <www.nibud.nl/pers/?page=download&get=NSO20062007.pdf>.

2 Nibud Scholierenonderzoek 2006-2007. Gratis op te vragen via <www.nibud.nl/pers/?page=download&get=NSO20062007.pdf>.

dringt zich de vraag op wie de beschermingsmaatregelen moet nemen: de overheid (paternalisme) of de ouders (autonomie)? Ongeacht het antwoord op deze vraag, van belang is dat beschermingsmaatregelen voor minderjarigen aansluiten bij de psychologische ontwikkeling die zij doormaken.

In deze bijdrage staat de vraag centraal of de huidige vermogensbescherming van minderjarigen aansluit bij de psychologische ontwikkeling van minderjarigen. Om deze vraag te beantwoorden zal ik eerst in § 2 ingaan op de begrippen ‘minderjarigheid’ en ‘vermogensbescherming’. In § 3 komt de psychologische ontwikkeling van minderjarigen aan bod. Om de vraag te kunnen beantwoorden of de vermogensbescherming van minderjarigen aansluit bij de psychologische ontwikkeling die zij doormaken, is het essentieel om te weten op welke wijze minderjarigen vermogensrechtelijk worden beschermd. In § 4 wordt om die reden een algemeen beeld geschetst van de wijzen waarop minderjarigen vermogensrechtelijk worden beschermd. Hierbij zal ik stilstaan bij op de handelingsonbekwaamheid, de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn audiovisuele mediadiensten. In § 5 volgt een evaluatie. De conclusie wordt beschreven in § 6.

10.2 Afbakening van het onderzoek

In deze paragraaf zal ik de begrippen ‘minderjarigheid’ en ‘vermogensbescherming’ uiteenzetten en het onderzoek afbakenen.

10.2.1 *Minderjarigheid*

Naar huidig recht zijn de personen die de leeftijd van achttien jaar niet hebben bereikt minderjarig.³ Het bereiken van de achttienjarige leeftijd is niet de enige manier waarop meerderjarigheid kan worden bereikt. Wanneer een persoon gehuwd is of gehuwd is geweest of wanneer iemand een geregistreerd partnerschap is of was aangegaan, dan is die persoon meerderjarig.⁴ Meerderjarigheid wordt ook bereikt wanneer de kinderrechter het verzoek tot meerderjarigheidverklaring inwilligt.⁵

10.2.1.1 *Historische ontwikkeling*

Voor 1901 was iedere persoon die de leeftijd van 23 jaar niet had bereikt minderjarig. Omdat een aantal naburige landen de leeftijdsgrens voor meerderjarigheid op 21 jaar hadden gesteld, volgde Nederland in 1901 deze trend. In dat jaar werd de leeftijdsgrens voor meerderjarigheid in Nederland op 21 jaar gesteld. Op 1 januari 1988 is deze leeftijdsgrens wederom verlaagd, tot achttien jaar.⁶ De wetgever was tot deze verlaging gekomen, omdat minderjarigen tot hun 21^e jaar in toenemende mate handelingsbekwaam

3 Artikel 1:233 BW.

4 Artikel 1:233 BW.

5 Artikel 1:233 BW jo. artikel 1:253ha lid 1 BW.

6 Wet van 1 juli 1987, *Stb.* 1987, 333, in werking getreden op 1 januari 1988.

waren geworden en omdat in de maatschappij een ontwikkeling en behoefte viel te constateren gericht op nog meer zelfstandigheid voor minderjarigen.⁷ Bovendien leek de heersende opvatting te zijn dat de leeftijdsgrens voor meerderjarigheid verlaagd moest worden tot achttien jaar.⁸ Daarnaast werd de leeftijd van achttien jaar in veel Europese landen gehanteerd als leeftijd waarop de meerderjarigheid begon en hanteerden veel andere wettelijke bepalingen ook de leeftijd van achttien jaar.⁹

10.2.1.2 Achterliggende gedachte

Minderjarigheid is een juridische vondst. Met minderjarigheid wordt geprobeerd een oplossing te vinden voor de omstandigheid dat het recht niet is geschreven met het oog op kinderen. Het recht is geschreven met het oog op redelijk denkende, zelfstandige personen.¹⁰ De omstandigheid dat kinderen minderjarig zijn, betekent dat die kinderen nog niet zelfstandig zijn voor het recht. Er is altijd iemand die verantwoordelijk is voor de minderjarige. Met andere woorden: minderjarigen staan onder gezag.¹¹

Zowel de belangen van het kind als de belangen van de ouders liggen ten grondslag aan de minderjarigheid. Aan de ene kant moeten kinderen tegen zichzelf en tegen derden beschermd worden en aan de andere kant hebben ouders het recht om hun kinderen op te voeden zoals zij dat wensen. Dit laatste wordt mogelijk gemaakt door ouders het gezag over het minderjarige kind te laten uitoefenen.¹²

10.2.2 Vermogensbescherming

Vermogensbescherming betekent bescherming van het vermogen. Vermogensbeschermingsregels vinden we bijvoorbeeld in het ondernemingsrecht. Een vennootschap mag slechts een dividenduitkering aan aandeelhouders doen indien deze uitkering gedaan kan worden ten laste van een vrije reserve in de balans.¹³ Hiermee wordt het vermogen van de vennootschap, dat als verhaalsmogelijkheid dient van de crediteuren, beschermd. In het huwelijksvermogensrecht vinden we nog een voorbeeld van een regel ter bescherming van het vermogen, namelijk artikel 1:88 BW. Krachtens dit artikel wordt de toestemming van de andere echtgenoot vereist voor een aantal rechtshandelingen. Met deze regel wordt beoogd het huwelijksvermogen te beschermen. In deze bijdrage zal ik de regels behandelen die het vermogen van minderjarigen beogen te beschermen.

7 *Kamerstukken II 1978/79*, 15 417, nr. 3, p. 5.

8 *Kamerstukken II 1978/79*, 15 417, nr. 3, p. 5-6.

9 *Kamerstukken II 1978/79*, 15 417, nr. 3, p. 6.

10 J.A.C. Bartels, *De persoon van de minderjarige*, Deventer: Van Loghum Slaterus 1981, p. 10.

11 J.A.C. Bartels, *De persoon van de minderjarige*, Deventer: Van Loghum Slaterus 1981, p. 13 en J. de Boer, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personen- en familierecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 629.

12 J.A.C. Bartels, *De persoon van de minderjarige*, Deventer: Van Loghum Slaterus 1981, p. 11.

13 Artikel 2:216 lid 2 BW. Zie hierover: M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 57-58.

De laatste tijd is er veel discussie ontstaan over de bescherming van minderjarigen tegen overgewicht, alcoholische dranken en geweld en pornografische scènes op de televisie. Deze bescherming van minderjarigen valt buiten het bestek van mijn bijdrage, omdat deze bescherming tot doel heeft om de gezondheid van minderjarigen te beschermen en niet om het vermogen van hen te beschermen.

10.3 De ontwikkeling van minderjarigen

10.3.1 Algemeen

In deze paragraaf zal ik ingaan op de ontwikkeling van minderjarigen. Ik zal eerst enkele algemene opmerkingen over de psychologische ontwikkeling van minderjarigen maken. Hierna behandel ik de consumentensocialisatie. Dit is het proces waarbij kinderen de vaardigheden leren die nodig zijn om te functioneren als consument. Vervolgens komt de rol van de ouders aan bod. Ik eindig deze paragraaf met een tussenconclusie.

10.3.2 De psychologische ontwikkeling

De ontwikkelingspsychologie houdt zich bezig met de ontwikkeling van kinderen. Die ontwikkeling wordt in zeven fasen, lopend van de prenatale periode tot de adolescentie, verdeeld.¹⁴ Ik zal alleen de kleutertijd, schoolleeftijd en adolescentie behandelen, omdat deze fasen relevant zijn voor het onderwerp ‘de vermogensbescherming van minderjarigen’.

10.3.2.1 De kleutertijd

De kleutertijd loopt van ongeveer tweeëneenhalf jaar tot vijf jaar. In deze periode leren kinderen om zich beter te concentreren, maar zij zijn nog niet in staat onnodige informatie te negeren en hun aandacht alleen te richten op datgene dat belangrijk is. In de kleutertijd ontwikkelt zich het begrip over hoe anderen denken en voelen en wat hun intenties en motieven zijn.¹⁵ Kleuters gaan ook complexere relaties aan, waarbij de relatie met leeftijdgenootjes het belangrijkste is.¹⁶ Kleuters kunnen gevoelens, zoals frustratie, beter verdragen en zijn in staat om hun emoties beter in de hand te houden. In de kleutertijd leren kinderen ook om hun gedrag aan te passen aan de situatie en zijn ze beter in staat de eisen en verboden van hun omgeving te internaliseren.¹⁷

14 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 49 e.v.

15 G.B. Dehart, L.A. Sroufe & R.G. Cooper, *Child development. Its nature and course*, New York: McGraw-Hill 2004, p. 318-321 en F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 102-104.

16 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 104.

17 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 108.

10.3.2.2 De schoolleeftijd

De periode van de schoolleeftijd loopt van ongeveer zes jaar tot twaalf jaar. Kinderen op deze leeftijd zijn beter in staat om hun aandacht op een specifieke activiteit te richten en om onbelangrijke informatie te negeren. Zij leren om bewust te kiezen waar zij hun aandacht op richten.¹⁸ In deze periode leren kinderen beter om te gaan met uitstel van behoeftebevrediging. Tijdens de schoolleeftijd gaan kinderen ook bredere sociale relaties aan, zoals relaties met leeftijdgenoten en leerkrachten. Op school ontstaan voor kinderen de eerste echte vriendschappen. Zij beginnen in deze periode met de vorming van vriendengroepen. Acceptatie door leeftijdgenoten speelt een belangrijke rol in de ontwikkeling. Maar de relatie met de ouders speelt in deze periode ook een grote rol.¹⁹

10.3.2.3 De adolescentie

De adolescentie begint met de puberteit, dit is de rijping van de seksuele functies, en eindigt met de volwassenheid, meestal rond het achttiende of negentiende levensjaar.²⁰ De adolescentieperiode wordt onderverdeeld in drie fasen, namelijk:

- De vroege adolescentie: deze periode loopt van het begin van de puberteit tot dertien jaar. In deze periode vinden de belangrijkste veranderingen plaats, zowel lichamelijk als in de relatie met ouders en leeftijdgenoten.
- De middenadolescentie: deze periode loopt van veertien jaar tot zestien jaar en wordt gekenmerkt door toenemende onafhankelijkheid en veel keuzemogelijkheden, zoals de keuze over een verdere opleiding.
- De late adolescentie: deze periode loopt van zeventien jaar tot de volwassenheid. Deze periode is het begin van het aangaan van verplichtingen ten aanzien van maatschappelijke posities en persoonlijke relaties.²¹

In de adolescentie hebben kinderen het gevoel in het centrum van ieders aandacht te staan. Ze zijn voortdurend bezig aan zichzelf te denken en hoe ze overkomen op andere mensen.²²

Verder speelt het onderhouden van vriendschappen een belangrijke rol bij de ontwikkeling van adolescenten.²³ Met name in de vroege adolescentie is het van belang om bij

18 K. Stassen Berger, *The developing person. Through childhood and adolescence*, New York: Worth Publishers 2003, p. 365-366 en F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 119.

19 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 125-133.

20 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 136.

21 G.B. Dehart, L.A. Sroufe & R.G. Cooper, *Child development. Its nature and course*, New York: McGraw-Hill 2004, p. 454 en F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 137-138.

22 G.B. Dehart, L.A. Sroufe & R.G. Cooper, *Child development. Its nature and course*, New York: McGraw-Hill 2004, p. 477 en F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 143.

23 Zie: J. de Wit, W. Slot & M. van Aken (red.), *Psychologie van de adolescentie. Basisboek*, Baarn: Houtboeken 2004, p. 98 e.v.

een bepaalde groep te horen. De invloed van vriendengroepen op het functioneren van adolescenten wordt door twee factoren bepaald:

- de normen en waarden die binnen die groep worden gehanteerd en de gedragingen die worden aangemoedigd; en
- de mate waarin de adolescent zich identificeert met de groep.²⁴

Adolescenten die tot een bepaalde vriendengroep willen behoren, kunnen geneigd zijn bepaald gedrag dat gangbaar is in die groep over te nemen. Het deel uitmaken van een groep is zo belangrijk voor adolescenten, dat ze bereid zijn riskant gedrag te vertonen.²⁵ Vooral in de middenadolescentie hebben leeftijdgenoten een grote invloed op elkaar. Dit neemt af naarmate het einde van de adolescentie nadert.²⁶

10.3.3 Consumentensocialisatie

Consumentensocialisatie is het proces waarin kinderen de vaardigheden, kennis en attitudes aanleren die nodig zijn om als consument te functioneren.²⁷ Een consument moet in staat zijn om (1) behoeften en wensen te hebben en te uiten; (2) acties te ondernemen om deze behoeften en wensen te bevredigen; (3) een keuze en een aankoop te doen; en (4) het product te evalueren en te vergelijken met alternatieven.²⁸ Ik zal hierna ingaan op deze vier kenmerken.

10.3.3.1 Het hebben en uiten van behoeften en wensen

In de periode dat kinderen de leeftijd van nul jaar tot ongeveer tweeëneenhalf jaar hebben bereikt, zijn kinderen in staat om behoeften en wensen te hebben en te uiten. Het uiten van behoeften en wensen is echter voornamelijk reactief; het kind geeft alleen aan wat hij/zij niet of wel prettig vindt.²⁹

Al vanaf het eerste levensjaar hebben baby's bepaalde preferenties. Baby's houden bijvoorbeeld van zoete vloeistoffen.³⁰ Baby's hebben bovendien bepaalde voorkeuren voor

24 J. de Wit, W. Slot & M. van Aken (red.), *Psychologie van de adolescentie. Basisboek*, Baarn: HBUitgevers 2004, p. 100.

25 J. de Wit, W. Slot & M. van Aken (red.), *Psychologie van de adolescentie. Basisboek*, Baarn: HBUitgevers 2004, p. 101.

26 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 147.

27 G.P. Moschis, *Consumer socialization. A life-cycle perspective*, Lexington: DC Heath and Company 1987, p. 9; B. Gunter & A. Furnham, *Children as consumers. A psychological analysis of the young people's market*, London: Routledge 1998, p. 9; P.M. Valkenburg, *Beeldschermkinderen. Theorieën over kind en media*, Amsterdam: Boom 2002, p. 129.

28 P.M. Valkenburg, *Beeldschermkinderen. Theorieën over kind en media*, Amsterdam: Boom 2002, p. 129.

29 P.M. Valkenburg & J. Cantor, 'The development of a child into a consumer', *Applied Developmental Psychology* 2001, p. 64 en P.M. Valkenburg, *Beeldschermkinderen. Theorieën over kind en media*, Amsterdam: Boom 2002, p. 129.

30 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 70.

wat betreft taal en muziek.³¹ In de peutertijd, de periode die ongeveer loopt van twaalf maanden tot tweeënehalf jaar, ondergaan kinderen een zogenaemde koppigheidsfase. Peuters leren het woord 'nee' te begrijpen en zullen zelf ook vaak 'nee' zeggen.³² Dit is een manier waarop zij hun behoeften en wensen proberen te uiten.

Als kinderen de leeftijd van twee jaar hebben bereikt, kunnen ze het verband zien tussen tv-reclames en producten in de winkel.³³ Bovendien beginnen kinderen van twee jaar hun ouders te vragen om producten te kopen.³⁴

10.3.3.2 *Het ondernemen van acties om behoeften en wensen te bevredigen*

In de kleutertijd, de periode die loopt van ongeveer tweeënehalf jaar tot vijf jaar, leren kinderen om acties te ondernemen om behoeften en wensen te bevredigen. In die periode leren kinderen om hun emoties onder controle te houden. Als het kind zijn zin niet krijgt, dan zal hij zijn aandacht ergens anders op richten of gaan onderhandelen met zijn ouders.³⁵ Op deze wijze proberen kinderen hun behoeften en wensen te bevredigen. Kleuters kunnen nog niet hun aandacht alleen richten op datgene dat belangrijk is en de onbelangrijke informatie negeren.³⁶ Bij het beoordelen van een product zal een kind afgaan op opvallende karakteristieken van het product en heeft het kind geen oog voor details of kwaliteit.³⁷ Kinderen in deze leeftijdsgroep nemen ook alle informatie in tv-reclames voor waar aan. Als gevolg hiervan is de invloed van reclame het grootst op kinderen onder de acht jaar.³⁸

10.3.3.3 *Het maken van een keuze en het doen van een aankoop*

Kinderen in de leeftijdsgroep van vijf tot acht jaar maken hun eerste aankoopkeuze en doen vervolgens voor het eerst een aankoop. Rond het vijfde levensjaar beginnen kinderen zelf aankopen te doen. Eerst gebeurt dit in het bijzijn van de ouders, maar in de

31 P.M. Valkenburg, 'De ontwikkeling van kind tot consument', *Tijdschrift voor communicatiewetenschap* 1999, p. 32 en P.M. Valkenburg & J. Cantor, 'The development of a child into a consumer', *Applied Developmental Psychology* 2001, p. 63.

32 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 93.

33 J.U. McNeal, *Kids as customers. A handbook of marketing to children*, New York: Lexington Books 1992, p. 9; P.M. Valkenburg, 'De ontwikkeling van kind tot consument', *Tijdschrift voor communicatiewetenschap* 1999, p. 33; P.M. Valkenburg & J. Cantor, 'The development of a child into a consumer', *Applied Developmental Psychology* 2001, p. 64.

34 J.U. McNeal, *Kids as customers. A handbook of marketing to children*, New York: Lexington Books 1992, p. 9.

35 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 108.

36 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 102.

37 P.M. Valkenburg, 'De ontwikkeling van kind tot consument', *Tijdschrift voor communicatiewetenschap* 1999, p. 35-36 en P.M. Valkenburg & J. Cantor, 'The development of a child into a consumer', *Applied Developmental Psychology* 2001, p. 65.

38 P.M. Valkenburg, 'De ontwikkeling van kind tot consument', *Tijdschrift voor communicatiewetenschap* 1999, p. 35 en P.M. Valkenburg & J. Cantor, 'The development of a child into a consumer', *Applied Developmental Psychology* 2001, p. 64.

leeftijd van vijf tot zeven jaar gaan kinderen ook alleen naar winkels.³⁹ Kinderen vinden het erg verwarrend om voor het eerst geld te moeten betalen voor een product, omdat ze nog niet snappen dat het geld wordt geruild voor het product. Het betalen van geld is voor kinderen slechts een ritueel.⁴⁰ Bovendien moeten kinderen voor het eerst in de rij wachten en omgaan met winkelpersoneel. Deze problemen moedigen kinderen aan om het systeem van geld betalen te willen begrijpen. Het is ook belangrijk dat kinderen dit begrijpen, omdat ze voorbereid moeten worden op hun toekomstige economische onafhankelijkheid. Kinderen moeten leren hoe ze om moeten gaan met geld, hoe ze moeten budgetteren en hoe ze moeten sparen.⁴¹ Naast economische factoren, zoals armoede, speelt het kunnen omgaan met geld een belangrijke rol bij het ontstaan van schulden.⁴² De waarde van geld en het budgetteren leren kinderen op verschillende leeftijden en op verschillende wijzen van hun ouders.⁴³ Het krijgen van zakgeld is een belangrijk element bij het leerproces van kinderen hoe ze om moeten gaan met geld en het voorziet kinderen van bekendheid met de basisprincipes van ruiling.⁴⁴ Kinderen die zakgeld krijgen, gaan op een meer verantwoorde manier met geld om dan kinderen die geen zakgeld krijgen. Bovendien hebben kinderen die zakgeld krijgen een beter besef van prijzen.⁴⁵ Volgens het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (hierna: Nibud) zijn kinderen van ongeveer zes jaar oud genoeg voor zakgeld en zijn kinderen van ongeveer twaalf jaar oud genoeg voor kleedgeld. Door het krijgen van zak- of kleedgeld leren kinderen met een beperkt budget een bepaalde periode te overbruggen.⁴⁶ Kinderen leren hun uitgaven op hun inkomsten af te stemmen en dat ze voor grotere aankopen geld moeten sparen.⁴⁷ Uit onderzoek blijkt dat bijna alle ouders zakgeld geven om hun kind te leren omgaan met geld.⁴⁸ Naast deze educatieve waarde van het geven van zakgeld, geven ouders kinderen ook zakgeld om kinderen in de gelegenheid

- 39 J.U. McNeal, *Kids as customers. A handbook of marketing to children*, New York: Lexington Books 1992, p. 11-12.
- 40 P. Lunt & A. Furnham, *Economic socialization. The economic beliefs and behaviours of young people*, Cheltenham: Edward Elgar 1996, p. 16.
- 41 P. Lunt & A. Furnham, *Economic socialization. The economic beliefs and behaviours of young people*, Cheltenham: Edward Elgar 1996, p. 93-94.
- 42 S.E.G. Lea, P. Webley & C.M. Walker, 'Psychological factors in consumer debt: money management, economic socialization and credit use', *Journal of Economic Psychology* 1995, p. 695-697 en J.M. Norvilitis e.a., 'Personality factors, money attitudes, financial knowledge and credit-card debt in college students', *Journal of Applied Social Psychology* 2006, p. 1407-1408.
- 43 B. Gunter & A. Furnham, *Children as consumers. A psychological analysis of the young people's market*, London: Routledge 1998, p. 17.
- 44 B. Gunter & A. Furnham, *Children as consumers. A psychological analysis of the young people's market*, London: Routledge 1998, p. 82 en L. Farrell & M.A. Shields, 'Children as consumers: investigating child diary expenditure data', *Canadian Journal of Economics* 2007, p. 446.
- 45 R. Abramovitch, J.L. Freedman & P. Pliner, 'Children and money: getting an allowance, credit versus cash, and knowledge of pricing', *Journal of Economic Psychology* 1997, p. 41.
- 46 <www.nibud.nl/consumenten>. Klik op 'kinderen hebben' en daarna op 'financiële opvoeding'.
- 47 <www.nibud.nl/consumenten>. Klik op 'kinderen hebben' en daarna op 'kleedgeld'. Zie ook P. Lunt & A. Furnham, *Economic socialization. The economic beliefs and behaviours of young people*, Cheltenham: Edward Elgar 1996, p. 36.
- 48 *Onderzoek Financiële Opvoeding september 2007*. Gratis op te vragen via <www.nibud.nl/pers/?page=download&get=FO2005.pdf>.

te stellen consument te zijn. Ouders die hun kind zakgeld geven, willen het hun kind mogelijk maken om producten te kopen.⁴⁹ Het geven van zakgeld kan op verschillende manieren gebeuren: ouders kunnen hun kind op een vast tijdstip geld geven of ouders kunnen hun kind geld geven wanneer het kind huishoudelijke klusjes heeft gedaan. Bij deze laatste manier wordt het kind dus betaald voor zijn inspanningen. Het geven van zakgeld is te prefereren boven het betalen van het kind voor huishoudelijke klusjes. Het 'voor niets' geven van zakgeld veronderstelt veel vertrouwen in het kind en geeft de boodschap dat het kind verantwoordelijk met het geld moet omgaan. Hierdoor zullen kinderen die zakgeld 'voor niets' krijgen verantwoordelijker zijn dan kinderen die moeten werken voor hun zakgeld. Bovendien zullen zij meer moeite doen om goed met het geld om te gaan.⁵⁰

Wanneer kinderen een aantal malen geld hebben betaald voor een product, beginnen ze te begrijpen dat het betalen voor een product een bepaalde voldoening geeft.⁵¹

10.3.3.4 Het evalueren van het product en het vergelijken met alternatieven

Kinderen tussen acht en twaalf jaar ontwikkelen een kritisch vermogen. Hierdoor zijn zij in staat om een product te evalueren en te vergelijken met alternatieven. Het evalueren van een product betekent dat het kind het product moet beoordelen. Dit houdt in dat het kind de waarde dat het product voor hem zal hebben moet kunnen inschatten. Om dit te kunnen doen, moet het kind een afweging maken tussen de aanschaf van het product en het niet aanschaffen van het product. Het aanschaffen van het product betekent dat het kind zijn zin krijgt en het niet aanschaffen van het product betekent dat hij nu zijn zin niet krijgt, maar dat hij wel geld overhoudt om later iets anders te kopen. Het kind zal dus moeten kiezen tussen directe voldoening of uitstel van voldoening. Een voorbeeld hiervan is wanneer kinderen de keuze hebben tussen het krijgen van één sticker nu of het krijgen van twee stickers op een later moment. Om deze afweging te maken is het van belang dat het kind begrijpt dat zijn toekomstige omstandigheden in verband staan met zijn keuzes uit het heden. Kinderen die de leeftijd van vier en vijf jaar hebben bereikt, zijn al in staat om dit verband te leggen.⁵² Kinderen van die leeftijd kunnen echter nog niet het product evalueren in vergelijking met andere producten. Hiertoe zijn kinderen pas in staat wanneer zij de leeftijd van acht jaar hebben bereikt.

49 J.U. McNeal, *Kids as customers. A handbook of marketing to children*, New York: Lexington Books 1992, p. 28.

50 P. Lunt & A. Furnham, *Economic socialization. The economic beliefs and behaviours of young people*, Cheltenham: Edward Elgar 1996, p. 36 en R. Abramovitch, J.L. Freedman & P. Pliner, 'Children and money: getting an allowance, credit versus cash, and knowledge of pricing', *Journal of Economic Psychology* 1997, p. 31-32.

51 J.U. McNeal, *Kids as customers. A handbook of marketing to children*, New York: Lexington Books 1992, p. 11.

52 C. Thompson, J. Barresi & C. Moore, 'The development of future-oriented prudence and altruism in preschoolers', *Cognitive Development* 1997, p. 206-207 en K. Lemmon & C. Moore, 'The development of prudence in the face of varying future rewards', *Developmental Science* 2007, p. 506.

Kinderen in de leeftijdsgroep van acht tot twaalf jaar zijn ook zeer kritisch ten opzichte van reclame. Vanaf acht jaar beginnen kinderen in te zien dat reclame wordt gemaakt om hen aan te sporen producten te kopen.⁵³

10.3.4 De rol van de ouders

In iedere ontwikkelingsfase moeten ouders hun gedrag aanpassen aan de vaardigheden en grenzen van het kind.⁵⁴ Bovendien hebben de ouders een grote invloed op de consumentensocialisatie van hun kind.⁵⁵ Er wordt onderscheid gemaakt tussen de autoritaire, de permissieve, de onverschillige en de autoritatieve opvoedingsstijl.⁵⁶

Autoritaire ouders leggen éénzijdig regels en beperkingen op. Dergelijke ouders verwachten directe gehoorzaamheid en communiceren weinig met het kind.⁵⁷

Permissieve ouders zijn betrokken bij het kind, maar stellen nauwelijks eisen aan het gedrag van het kind. Dergelijke ouders zijn erg tolerant en sporen het kind nauwelijks aan volwassen te worden.⁵⁸ Permissieve ouders communiceren meer met hun kind over consumeren dan autoritaire ouders.⁵⁹

Onverschillige ouders zijn niet betrokken bij het kind, zijn niet ondersteunend en controleren het kind niet.⁶⁰ Zowel onverschillige als permissieve ouders stellen geen grenzen aan het consumeren van hun kind.⁶¹

- 53 P.M. Valkenburg, 'De ontwikkeling van kind tot consument', *Tijdschrift voor communicatiewetenschap* 1999, p. 39-40; P.M. Valkenburg & J. Cantor, 'The development of a child into a consumer', *Applied Developmental Psychology* 2001, p. 67-68; P.M. Valkenburg, *Beeldschermkinderen. Theorieën over kind en media*, Amsterdam: Boom 2002, p. 132-133.
- 54 G.B. Dehart, L.A. Sroufe & R.G. Cooper, *Child development. Its nature and course*, New York: McGraw-Hill 2004, p. 279.
- 55 G.P. Moschis, *Consumer socialization. A life-cycle perspective*, Lexington: DC Heath and Company 1987, p. 73; G.P. Moschis, 'The role of family communication in consumer socialization of children and adolescents', *Journal of Consumer Research* 1985, p. 898; B. Gunter & A. Furnham, *Children as consumers. A psychological analysis of the young people's market*, London: Routledge 1998, p. 15.
- 56 J. de Wit, W. Slot & M. van Aken (red.), *Psychologie van de adolescentie. Basisboek*, Baarn: HBUitgevers 2004, p. 77-78 en F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 127-130.
- 57 K. Stassen Berger, *The developing person. Through childhood and adolescence*, New York: Worth Publishers 2003, p. 310; J. de Wit, W. Slot & M. van Aken (red.), *Psychologie van de adolescentie. Basisboek*, Baarn: HBUitgevers 2004, p. 77; F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 128.
- 58 K. Stassen Berger, *The developing person. Through childhood and adolescence*, New York: Worth Publishers 2003, p. 310; J. de Wit, W. Slot & M. van Aken (red.), *Psychologie van de adolescentie. Basisboek*, Baarn: HBUitgevers 2004, p. 77; F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 128-129.
- 59 L. Carlson & S. Grossbart, 'Parental style and consumer socialization of children', *Journal of Consumer Research* 1988, p. 91.
- 60 J. de Wit, W. Slot & M. van Aken (red.), *Psychologie van de adolescentie. Basisboek*, Baarn: HBUitgevers 2004, p. 78 en F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 129.
- 61 L. Carlson & S. Grossbart, 'Parental style and consumer socialization of children', *Journal of Consumer Research* 1988, p. 91.

Autoritatieve ouders ondersteunen hun kind, maar stellen ook grenzen en controleren het gedrag van het kind. Deze ouders moedigen de zelfstandigheid van het kind aan en stellen leeftijdsadequate eisen.⁶² Naarmate jongeren ouder worden, wordt het steeds belangrijker dat ouders de zelfstandigheid van hun kind stimuleren.⁶³ Wanneer ouders een beroep doen op de zelfstandigheid en leeftijdsadequate eisen stellen, leert het kind bijvoorbeeld dat hij verantwoordelijk is voor zijn eigen handelen.⁶⁴ Bovendien leren kinderen zelf beslissingen te nemen die niet schadelijk zijn.⁶⁵ Volgens het Nibud is een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van het kind ook bij de financiële opvoeding erg belangrijk. Bij de financiële opvoeding hoort, volgens het Nibud, dat het kind fouten mag maken, omdat dit erg leerzaam kan zijn. Fouten maken op jonge leeftijd kan voorkomen dat iemand op latere leeftijd in financiële problemen raakt.⁶⁶ Autoritatieve ouders zijn negatief over reclame gericht op kinderen en zijn erg actief bij het proces van consumentensocialisatie bij hun kind.⁶⁷

10.3.5 Tussenconclusie

Bij de psychologische ontwikkeling van minderjarigen zijn er, met het oog op de vermogensbescherming van minderjarigen, een aantal opvallende punten.

Wat betreft reclame valt op dat kinderen vanaf twee jaar het verband kunnen zien tussen tv-reclames en producten in de winkel en dat de invloed van reclame het grootst is op kinderen onder de acht jaar. Na deze leeftijd beginnen kinderen te begrijpen dat reclame wordt gemaakt om hen aan te sporen producten te kopen.

In het kader van de handelingsonbekwaamheid valt op dat kinderen van twee jaar hun ouders beginnen te vragen om producten voor hen te kopen. Wanneer kinderen de leeftijd van vijf jaar hebben bereikt, beginnen zij bovendien zelf aankopen te doen. Het is belangrijk dat kinderen leren hoe ze om moeten gaan met geld, hoe ze moeten budgetteren en hoe ze moeten sparen. Het ontbreken van deze financiële kennis kan ertoe leiden dat zij schulden maken.

Door het krijgen van zak- en/of kleedgeld leren kinderen hoe ze met geld moeten omgaan. Ze komen erachter wat ze met hun zak- en/of kleedgeld kunnen kopen en dat ze voor grotere uitgaven zullen moeten sparen.

Belangrijk is bovendien de houding van de ouders. Zij moeten kinderen leren eigen verantwoordelijkheid te dragen en zij moeten kinderen de ruimte geven om fouten te maken.

62 K. Stassen Berger, *The developing person. Through childhood and adolescence*, New York: Worth Publishers 2003, p. 310; J. de Wit, W. Slot & M. van Aken (red.), *Psychologie van de adolescentie. Basisboek*, Baarn: HBUitgevers 2004, p. 77; F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 129-130.

63 J. de Wit, W. Slot & M. van Aken (red.), *Psychologie van de adolescentie. Basisboek*, Baarn: HBUitgevers 2004, p. 78.

64 J. de Wit, W. Slot & M. van Aken (red.), *Psychologie van de adolescentie. Basisboek*, Baarn: HBUitgevers 2004, p. 79.

65 F.C. Verhulst, *De ontwikkeling van het kind*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 149.

66 <www.nibud.nl/consumenten>. Klik op 'kinderen hebben' en daarna op financiële opvoeding'.

67 L. Carlson & S. Grossbart, 'Parental style and consumer socialization of children', *Journal of Consumer Research* 1988, p. 92.

10.4 Vermogensrechtelijke bescherming van minderjarigen

10.4.1 Algemeen

Om de vraag te kunnen beantwoorden of de vermogensbescherming van minderjarigen aansluit bij de psychologische ontwikkeling van minderjarigen, is het essentieel om te weten op welke wijze minderjarigen vermogensrechtelijk worden beschermd. Om deze reden zal in deze paragraaf een algemeen beeld worden geschetst van de wijzen waarop minderjarigen vermogensrechtelijk worden beschermd.

De vermogensbescherming van minderjarigen is op zowel nationaal niveau als op internationaal niveau geregeld. Ik zal ingaan op:

- de handelingsonbekwaamheid;
- de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken;⁶⁸
- de Richtlijn audiovisuele mediadiensten.⁶⁹

De handelingsonbekwaamheid heeft betrekking op bescherming van minderjarigen tegen de nadelige gevolgen van het verrichten van rechtshandelingen, zoals het afsluiten van overeenkomsten. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is gericht op bescherming van minderjarigen tegen misleidende en agressieve handelspraktijken. De Richtlijn audiovisuele mediadiensten beschermt minderjarigen tegen reclame.

10.4.2 De handelingsonbekwaamheid

De handelingsonbekwaamheid van minderjarigen bestaat uit twee aspecten. Enerzijds zijn minderjarigen onbekwaam zelfstandig in rechte op te treden. Dit is de processuele handelingsonbekwaamheid. Anderzijds zijn minderjarigen materieel handelingsonbekwaam.⁷⁰ In deze bijdrage zal ik niet de processuele handelingsonbekwaamheid behandelen, omdat ik me tot de hoofdlijnen wil beperken. Ik zal alleen ingaan op de materiële handelingsonbekwaamheid.

68 Richtlijn nr. 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2005, L 149/22).

69 Richtlijn nr. 2007/65/EEG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (*PbEU* 2007, L 332/27).

70 M. Fiege, *De autonomie van de minderjarige in het recht* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 1 en Gr. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 496.

10.4.2.1 Materiële handelingsonbekwaamheid

Artikel 1:234 BW bepaalt dat een minderjarige, mits hij met toestemming van zijn wettelijk vertegenwoordiger handelt, bekwaam is rechtshandelingen te verrichten, voor zover de wet niet anders bepaalt. Uitgangspunt is dat de minderjarige handelingsonbekwaam is.⁷¹ Handelingsonbekwaamheid is de onmogelijkheid om rechtens onaantastbare rechtshandelingen te verrichten.⁷² De gevolgen van handelingsonbekwaamheid worden geregeld in artikel 3:32 lid 2 BW. De rechtshandeling is vernietigbaar.

Een ander gevolg van de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen is het feit dat zij onder gezag staan.⁷³ Dit gezag is ofwel ouderlijk gezag ofwel voogdij⁷⁴ en omvat op grond van artikel 1:245 lid 4 BW drie aspecten, te weten:

- de persoon van de minderjarige;
- het bewind over zijn vermogen;
- zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte.⁷⁵

In het kader van deze bijdrage is vooral het bewind over het vermogen van de minderjarige interessant. Het bewind over het vermogen is de wettelijke vertegenwoordiging van de minderjarige bij het beheer van zijn vermogen.⁷⁶ De omstandigheid dat de ouders het bewind over het vermogen van de minderjarige voeren, betekent dat de ouders het vermogen van de minderjarige beheren. Als gevolg hiervan wordt het vermogen van de minderjarige beschermd, omdat de minderjarige zijn vermogen niet zomaar kan verbrassen. De ouders moeten het bewind over het vermogen van de minderjarige als goede bewindvoerders voeren. Bij slecht bewind zijn zij aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade.⁷⁷ De kantonrechter kan het vermogen van de minderjarige of een deel daarvan onder bewind stellen, indien hij dit in het belang van de minderjarige oordeelt.⁷⁸

De strekking van het bewind van de ouders over het vermogen van de minderjarige is hen de bevoegdheid geven het vermogen van de minderjarige te beheren ter uitoefening van hun taak als opvoeders. De ouders vertegenwoordigen de minderjarige waar

71 E. Gras, 'Het nieuwe artikel 1:234 BW. Wanneer is de minderjarige handelingsbekwaam?', *Rechtshulp* 1996-11, p. 22 en J. de Boer, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personen- en familierecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 631.

72 E. Gras, 'Het nieuwe artikel 1:234 BW. Wanneer is de minderjarige handelingsbekwaam?', *Rechtshulp* 1996-11, p. 21 en M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 202.

73 Artikel 1:245 lid 1 BW.

74 Artikel 1:245 lid 2 BW.

75 Elke ouder die het gezag over een minderjarige uitoefent heeft, krachtens artikel 1:253l lid 1 BW, bovendien het vruchtgenot van het vermogen van de minderjarige.

76 K.M.F.J. Houben, 'Bewind over vermogen van minderjarigen', *Nieuw Erfrecht* 2006, p. 105 en T.J. Mellema-Kranenburg & J.L.D.J. Maasland, 'Naschriftbijdereacties van mr. J.H.M. ter Haar en mr. K.M.F.J. Houben', *Nieuw Erfrecht* 2006, p. 107.

77 Artikel 1:253j BW.

78 Artikel 1:253k jo. artikel 1:370 BW.

hij zelf vanwege zijn minderjarigheid niet de mogelijkheid heeft om zijn vermogen te beheren of over zijn vermogen te beschikken.⁷⁹

Er zijn verschillende wijzen waarop een minderjarige handelingsbekwaam kan worden. Een minderjarige kan handelingsbekwaam worden door:

- toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger;
- een uitzondering op de handelingsonbekwaamheid;
- handlichting.

Toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger

Een minderjarige is handelingsbekwaam als hij met toestemming van zijn wettelijk vertegenwoordiger handelt, voor zover de wet niet anders bepaalt.⁸⁰ Deze toestemming kan slechts worden verleend voor een bepaalde rechtshandeling of voor een bepaald doel.⁸¹ De wettelijk vertegenwoordiger die toestemming heeft gegeven voor een bepaalde rechtshandeling blijft tevens zelf bevoegd die rechtshandeling te verrichten. De toestemming kan ook te allen tijde door de wettelijk vertegenwoordiger worden ingetrokken.⁸² Onder bepaalde omstandigheden heeft de wettelijk vertegenwoordiger, als hij de minderjarige toestemming wil verlenen, zelf machtiging of goedkeuring van de kantonrechter nodig.⁸³

Soms wordt de toestemming verondersteld te zijn verleend. Dit is het geval indien het gaat om een rechtshandeling ten aanzien waarvan in het maatschappelijke verkeer gebruikelijk is dat minderjarigen van die leeftijd deze zelfstandig verrichten.⁸⁴ Bij dit criterium gaat het om handelingen en transacties ten aanzien waarvan men uit ervaring weet, dan wel in het handelsverkeer de ongeschreven regel bestaat, dat toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger niet wordt gevraagd.⁸⁵ Hierbij kan gedacht worden aan het kopen van levensmiddelen, een buskaartje of studieboeken.⁸⁶ Naarmate minderjarigen ouder worden, wordt de toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger vaker verondersteld te zijn verleend.

Wettelijke uitzonderingen

Als een minderjarige zonder toestemming van zijn wettelijk vertegenwoordiger handelt, is hij in beginsel handelingsonbekwaam. Op deze regel bestaat een aantal wettelijke uitzonderingen. Zo kan een minderjarige van zestien of zeventien jaar een uiterste wils-

79 J.H.M. Ter Haar, 'Het testamentair minderjarigenbewind', *Nieuw Erfrecht* 2006, p. 102.

80 Artikel 1:234 lid 1 BW.

81 Artikel 1:234 lid 2 BW.

82 Gr. van der Burgh & J.E. Doek, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 499.

83 Artikel 1:253k jo. artikel 1:345 e.v. BW. Zie ook M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 203.

84 Artikel 1:234 lid 3 BW.

85 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 012, nr. 3, p. 13.

86 M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 203-204.

beschikking maken.⁸⁷ Een minderjarige van zestien of zeventien jaar kan bovendien een arbeidsovereenkomst aangaan⁸⁸ en hij kan een kind erkennen.⁸⁹ Wanneer een minderjarige zestien jaar is, is hij bekwaam tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst en het verrichten van rechtshandelingen die met die overeenkomst onmiddellijk verband houden.⁹⁰

Handlichting

Een minderjarige kan ook handelingsbekwaam worden door middel van handlichting. Dit is het middel waardoor aan een minderjarige bepaalde bevoegdheden, aan de meerderjarigheid verbonden, worden toegekend.⁹¹ Handlichting kan op verzoek van een zestienjarige of zeventienjarige door de kantonrechter worden verleend. Dit gebeurt echter niet tegen de wil van de ouders voor zover deze het gezag over de minderjarige uitoefenen.⁹² De kantonrechter moet bij het verlenen van de handlichting uitdrukkelijk aangeven welke bevoegdheden aan de minderjarige worden toegekend. Artikel 1:235 lid 3 BW geeft aan hoe ver deze bevoegdheden zich mogen uitstrekken. De minderjarige mag door handlichting niet bekwaam worden tot het beschikken over registergoederen, effecten of door hypotheek gedekte vorderingen. De rechtbank kan een verleende handlichting intrekken, indien de minderjarige misbruik van de handlichting maakt of er gegronde vrees bestaat dat hij dit zal doen.⁹³

10.4.2.2 Waarom handelingsonbekwaamheid?

De vraag kan gesteld worden waarom minderjarigen eigenlijk handelingsonbekwaam zijn. In de jaren zeventig ontstond er een discussie over de wettelijke regeling van de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen. Verschillende auteurs deden voorstellen tot verandering van de toenmalige regeling van de handelingsonbekwaamheid. Die regeling kwam er kort gezegd op neer dat minderjarigen onbekwaam waren rechtshandelingen te verrichten voor zover de wet niet anders bepaalde. Een minderjarige die met het oordeel des onderscheids handelde – dat wil zeggen een minderjarige die weet wat hij doet –⁹⁴ was wel bekwaam rechtshandelingen te verrichten met toestemming van zijn wettelijk vertegenwoordiger. De voorstellen tot verandering van deze regeling zijn thans niet allemaal meer relevant, aangezien de regeling met betrekking tot de handelingsonbekwaamheid in 1995 gewijzigd is. Bij het doen van deze voorstellen deden sommige auteurs echter ook uitspraken over de vraag waarom een minderjarige eigenlijk handelingsonbekwaam is. Naast de visie van deze auteurs zal in deze paragraaf ook aandacht

87 Artikel 4:55 lid 1 BW.

88 Artikel 7:612 lid 1 BW.

89 Artikel 1:204 lid 1 onder b BW.

90 Artikel 7:447 lid 1 BW.

91 Artikel 1:235 lid 1 BW.

92 Artikel 1:235 lid 2 BW.

93 Artikel 1:236 lid 1 BW.

94 A.J.M. Nuytinck, 'De nieuwe regeling van de handelings(on)bekwaamheid van de minderjarige', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht* (Struycken-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 233.

worden besteed aan de gedachte van de wetgever die ten grondslag ligt aan de regeling van de handelingsonbekwaamheid.

Auteurs

Hammerstein-Schoonderwoerd was van mening dat de handelingsonbekwaamheid dient ter bescherming van de minderjarige tegen diens onervarenheid, maar dat bescherming tegen elke onervarenheid onmogelijk is.⁹⁵ Volgens Hammerstein-Schoonderwoerd komt onervarenheid echter niet alleen voor bij minderjarigen en om die reden hoeven minderjarigen niet handelingsonbekwaam verklaard te worden. Als deelnemer aan het maatschappelijk verkeer loopt iedereen het risico transacties aan te gaan die niet in ons voordeel zijn. Een minderjarige deze mogelijkheid onthouden is het hem onthouden van een stukje werkelijkheid van het leven.⁹⁶

Rutten-Roos bepleitte, evenals Hammerstein-Schoonderwoerd, de afschaffing van de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen. Rutten-Roos was van mening dat er voor een speciale regeling van de positie van jeugdigen in het vermogensrechtelijk verkeer onvoldoende grond bestaat.⁹⁷ Die grond zou gezien moeten worden in een noodzakelijke bescherming van jeugdigen op grond van 'objectief' aangenomen onervarenheid, tegen onbezonnen en onverstandige daden, waardoor zij in het vermogensrechtelijke verkeer benadeeld zouden kunnen worden. De noodzaak tot deze bijzondere bescherming bestaat volgens Rutten-Roos echter niet, zodat de handelingsonbekwaamheid een ongerechtvaardigde belemmering oplevert met betrekking tot de vrijheid van handelen van jeugdigen.⁹⁸ Niet iedere schrijver was een voorstander van de afschaffing van de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen. Rood-de Boer deed in haar preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging een voorstel voor de invoering van een geleidelijke rechtsverkrijging voor minderjarigen.⁹⁹ Volgens Rood-de Boer was de handelingsonbekwaamheid bedoeld om minderjarigen te beschermen, maar wordt hierbij over het hoofd gezien dat te veel bescherming wel eens het tegenovergestelde effect zou kunnen hebben.¹⁰⁰

95 W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, *Minderjarig, minderwaardig? Een studie over de rechtspositie van de minderjarige in het privaatrecht* (diss. Nijmegen), Utrecht: Offsetdrukkerij Nederlandse Spoorwegen 1975, p. 111.

96 W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, *Minderjarig, minderwaardig? Een studie over de rechtspositie van de minderjarige in het privaatrecht* (diss. Nijmegen), Utrecht: Offsetdrukkerij Nederlandse Spoorwegen 1975, p. 111.

97 Rutten-Roos spreekt in haar dissertatie van 'jeugdigen' en niet van 'minderjarigen', omdat de verantwoordelijkheid van anderen voor de persoon en het vermogen van de jeugdige niet wordt begrensd door een objectieve leeftijdsgrens, maar door zijn subjectieve behoefte aan bijstand van anderen. Zie: A. Rutten-Roos, *Jeugdigen in burgerrechtelijke relaties* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1975, p. 3.

98 A. Rutten-Roos, *Jeugdigen in burgerrechtelijke relaties* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1975, p. 74.

99 M. Rood-de Boer, 'Dient de wettelijke regeling omtrent de meerderjarigheid te worden gewijzigd?', in: *Handelingen 1970 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, eerste stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 18.

100 M. Rood-de Boer, 'Dient de wettelijke regeling omtrent de meerderjarigheid te worden gewijzigd?', in: *Handelingen 1970 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, eerste stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 9.

De commissie-Wiarda koos, net als Rood-de Boer, voor een geleidelijke rechtsverkrigging van minderjarigen.¹⁰¹ Volgens de commissie onderschat men de mogelijkheden van minderjarigen wanneer minderjarigen tot de meerderjarigheid worden beschermd. Door te veel bescherming wordt de eigen groei niet voldoende gestimuleerd. Bovendien verliest men uit het oog dat minderjarigen eigen rechten hebben die zij zelfstandig moeten kunnen uitoefenen.¹⁰²

Wetgever

Op 19 september 1989 heeft de Minister van Justitie mede namens de Staatssecretaris van Justitie de notitie Rechtspositie minderjarigen aan de Tweede Kamer aangeboden.¹⁰³ In deze notitie wordt erkend dat een minderjarige naarmate hij ouder wordt minder bescherming nodig heeft, maar dit is voor de Minister van Justitie onvoldoende om de minderjarige handelingsbekwaam te achten. Het feit dat een groep minderjarigen, de pasgeborenen en de kleuters, duidelijk bescherming nodig hebben, weegt niet op tegen het feit dat minderjarigen naarmate ze ouder worden minder bescherming nodig hebben.¹⁰⁴

De gedachte die aan de regeling van de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen ten grondslag ligt, is de noodzaak van bescherming van minderjarigen tegen eventuele nadelige gevolgen van zijn handelen voortkomende uit onzelfstandigheid en onervarenheid.¹⁰⁵ Een minderjarige moet dus worden beschermd tegen zichzelf.

Hierbij moet rekening worden gehouden met het feit dat een minderjarige naarmate hij ouder wordt steeds meer handelingsbekwaam wordt. Dit is terug te vinden in artikel 1:234 lid 3 BW. In dit artikel is bepaald dat de toestemming aan de minderjarige onder omstandigheden wordt verondersteld te zijn verleend. Naarmate een minderjarige ouder wordt, wordt de toestemming vaker verondersteld te zijn verleend. De ratio van artikel 1:234 lid 3 BW is vooral praktisch: minderjarigen verrichten tal van rechtshandelingen al zelfstandig zonder dat de toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger wordt gevraagd.¹⁰⁶ De wetgever probeert aansluiting te vinden bij deze dagelijkse praktijk. Dit is opvallend, omdat de wetgever afgaat op hetgeen in het dagelijks leven gebruikelijk is en de discussie over de ontwikkeling van minderjarigen links laat liggen.

Volgens de wetgever worden minderjarigen geacht steeds mondiger te worden naarmate zij ouder worden en zullen zij steeds vaker met toestemming van hun wettelijk vertegenwoordiger rechtshandelingen kunnen verrichten of naar maatschappelijk gebruik geheel zelfstandig kunnen optreden. De toenemende mondigheid doet de behoefte aan bescherming van minderjarigen afnemen.¹⁰⁷ Dit duidt erop dat er kennelijk een verband wordt gelegd tussen mondigheid van minderjarigen en de bescherming die aan

101 *Rapport van de commissie voor de herziening van het Kinderbeschermingsrecht*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1971, p. 57.

102 *Rapport van de commissie voor de herziening van het Kinderbeschermingsrecht*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1971, p. 58.

103 *Kamerstukken II 1989/90*, 21 309, nr. 2.

104 *Kamerstukken II 1989/90*, 21 309, nr. 2, p. 11.

105 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 012, nr. 3, p. 12.

106 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 012, nr. 3, p. 12.

107 *Kamerstukken II 1992/93*, 23 012, nr. 3, p. 12.

hen moet worden geboden: meer mondigheid, minder bescherming. De vraag rijst of mondigheid en de mate van bescherming aan elkaar gekoppeld mogen worden. Meer mondigheid van minderjarigen wil niet zeggen dat zij minder fouten, door onervarenheid, zullen maken.

Bescherming

Als antwoord op de vraag waarom minderjarigen eigenlijk handelingsonbekwaam zijn, doen zowel de auteurs als de wetgever een beroep op de bescherming van minderjarigen. De reden waarom minderjarigen beschermd zouden moeten worden blijft echter onduidelijk. Door de auteurs en de wetgever wordt alleen als reden genoemd de onervarenheid van minderjarigen.

De verschillende auteurs hebben afwijkende opvattingen over de vraag of bescherming van minderjarigen eigenlijk wel noodzakelijk is en hoe ver die bescherming zou moeten gaan. Volgens Rood-de Boer en de commissie-Wiarda moeten minderjarigen wel beschermd worden maar niet te veel. Minderjarigen moeten door middel van de handelingsonbekwaamheid voorbereid worden op het leven als volwassenen en moeten daarom geleidelijk meer vrijheid krijgen. De wetgever erkent dat minderjarigen naarmate ze ouder worden minder bescherming nodig hebben. De gedachte die ten grondslag ligt aan artikel 1:234 lid 3 BW is de toenemende mondigheid van minderjarigen en de dagelijkse praktijk dat minderjarigen veel rechtshandelingen al zelfstandig verrichten zonder toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger.

10.4.2.3 Conclusie

De handelingsonbekwaamheid beschermt minderjarigen tegen de nadelige gevolgen van het verrichten van rechtshandelingen. Onduidelijk blijft echter de reden waarom minderjarigen beschermd zouden moeten worden. Alleen de onervarenheid van minderjarigen wordt als reden voor bescherming genoemd. Erkend wordt dat minderjarigen naarmate ze ouder worden minder bescherming nodig hebben. De wetgever heeft hier uitdrukking aan gegeven door artikel 1:234 lid 3 BW, waarin is bepaald dat de toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger onder omstandigheden wordt verondersteld te zijn verleend. Naarmate minderjarigen ouder worden wordt die toestemming vaker verondersteld te zijn verleend. Bovendien kunnen minderjarigen van zestien of zeventien jaar een beroep doen op de wettelijke uitzonderingen op de handelingsonbekwaamheid en om handlichting verzoeken.

10.4.3 De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken heeft als doel de nationale wetgeving van de EU-lidstaten met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten te harmoniseren. In de Richtlijn geldt als maatstaf de 'gemiddelde consument'. Wanneer een handelspraktijk echter op een bepaalde groep consumenten

is gericht, bijvoorbeeld op kinderen, dan geldt een andere maatstaf. In dat geval geldt als maatstaf het gezichtspunt van het gemiddelde lid van de groep.¹⁰⁸

In de Richtlijn worden consumenten beschermd tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen. De Richtlijn maakt onderscheid tussen twee soorten oneerlijke handelspraktijken:

- misleidende handelspraktijken¹⁰⁹
- agressieve handelspraktijken.¹¹⁰

Misleidende handelspraktijken gaan gepaard met onjuiste informatie, bedrog of, wanneer de consument essentiële informatie wordt onthouden, waardoor hij een besluit over een transactie neemt die hij/zij anders niet had genomen.¹¹¹ Agressieve handelspraktijken worden gekenmerkt door intimidatie, dwang en ongepaste beïnvloeding waardoor de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument aanzienlijk wordt beperkt.¹¹² De consument moet de vrijheid hebben om de keuze te maken die hij wil. De Richtlijn beoogt situaties waarin de consument deze keuzevrijheid niet heeft te bestrijden.¹¹³ In de Richtlijn wordt als agressieve handelspraktijk beschouwd de praktijk om kinderen er in reclame rechtstreeks toe aan te zetten om geadverteerde producten te kopen of de praktijk om hun ouders hiertoe aan te zetten.¹¹⁴ Dergelijke praktijken worden onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd. Dit betekent dat deze praktijk verboden is.¹¹⁵ Verkoopbevordering kan op zichzelf niet als agressieve handelspraktijk worden beschouwd.¹¹⁶

Met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt beoogd de economische belangen van consumenten op rechtstreekse wijze te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen.¹¹⁷ Hierbij wordt bijzondere aandacht besteed aan kinderen. Reden daarvoor is dat minderjarigen vanwege hun leeftijd bijzonder bevattelijk zijn voor oneerlijke handelspraktijken.¹¹⁸ De Europese wetgever gaat er kennelijk vanuit dat minderjarigen gemakkelijk in de verleiding kunnen worden gebracht om een product te kopen. Om die reden worden minderjarigen beschermd tegen de invloeden van reclame.

10.4.4 De Richtlijn audiovisuele mediadiensten

De Richtlijn audiovisuele mediadiensten wordt de opvolger van de Richtlijn televisie zonder grenzen. Uiterlijk op 19 december 2009 moet deze nieuwe regeling in Nederland

¹⁰⁸ Artikel 5 lid 3 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

¹⁰⁹ Artikel 6 e.v Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

¹¹⁰ Artikel 8 e.v Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

¹¹¹ Artikel 6 en 7 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

¹¹² Artikel 8 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

¹¹³ M.F.H. Broekman, 'De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken', *TvC* 2005, p. 177.

¹¹⁴ Bijlage 1 onder 28.

¹¹⁵ Artikel 5 lid 1 Richtlijn audiovisuele mediadiensten.

¹¹⁶ B.J. Drijber, 'Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijk compromis', *NTER* 2005, p. 181.

¹¹⁷ Overweging 8 van de considerans.

¹¹⁸ Overweging 19 van de considerans.

in werking treden.¹¹⁹ De Richtlijn audiovisuele mediadiensten beschermt minderjarigen tegen reclame, evenals de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Artikel 3sexies sub g van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten bepaalt dat audiovisuele commerciële communicatie minderjarigen er niet rechtstreeks toe aan mag zetten een product of een dienst te kopen of te huren door te profiteren van hun onervarenheid of goedgelovigheid. De definitie van audiovisuele commerciële communicatie staat in artikel 1 sub h van de Richtlijn. Voorbeelden die genoemd worden zijn televisiereclame, sponsoring en telewinkelen. Daarnaast mag audiovisuele commerciële communicatie niet profiteren van het bijzondere vertrouwen dat minderjarigen in ouders, leerkrachten of andere personen stellen. Audiovisuele commerciële communicatie mag minderjarigen bovendien niet rechtstreeks aanzetten hun ouders of anderen te overtuigen de aangeprezen goederen of diensten te kopen. Dit is het zogenaamde ‘zeurverbod’.¹²⁰ Dit ‘zeurverbod’ staat ook op de zwarte lijst bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Dit verbod levert dus voor Nederland weinig nieuws op.¹²¹ De thans nog geldende Richtlijn televisie zonder grenzen kent een bepaling vergelijkbaar met artikel 3sexies sub g van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten.¹²² Een belangrijk verschil tussen de Richtlijn televisie zonder grenzen en de nieuwe Richtlijn audiovisuele mediadiensten is de omstandigheid dat in de preambule van de nieuwe Richtlijn veel meer aandacht wordt besteed aan de bescherming van de lichamelijke, geestelijke en zedelijke ontwikkeling van minderjarigen. Kennelijk vindt de Europese wetgever de bescherming van minderjarigen nu veel belangrijker dan ten tijde van het maken van de Richtlijn televisie zonder grenzen.

De Europese wetgever heeft bij de Richtlijn audiovisuele mediadiensten de bescherming van minderjarigen hoog in het vaandel staan. De doelstelling van de Richtlijn is het realiseren van een ruimte zonder binnengrenzen voor audiovisuele mediadiensten waarbij tegelijk een hoog beschermingsniveau wordt gewaarborgd voor wat betreft doelstellingen van algemeen belang, waaronder de bescherming van minderjarigen.¹²³ De lichamelijke, geestelijke en zedelijke ontwikkelingen van minderjarigen moet beschermd worden tegen de schadelijke inhoud van audiovisuele mediadiensten.¹²⁴

10.4.4.1 *Waarom bescherming tegen reclame?*

De regelgeving die kinderen beschermt tegen reclame heeft als grondslag het idee dat reclame nadelige effecten kan hebben op kinderen en dat kinderen hiertegen be-

119 Artikel 3 Richtlijn audiovisuele mediadiensten.

120 M. Robichon-Lindenkamp, ‘De Richtlijn audiovisuele mediadiensten: liberalisering reclame-regels voor traditionele televisie en meer regels voor on-demand diensten’, *Mediaforum* 2008, p. 75 en M.I. Robichon-Lindenkamp & N.M.N. Voogd, ‘Nieuwe richtlijn audiovisuele mediadiensten wacht op implementatie’, *NTER* 2008, p. 101.

121 M. Robichon-Lindenkamp, ‘De Richtlijn audiovisuele mediadiensten: liberalisering reclame-regels voor traditionele televisie en meer regels voor on-demand diensten’, *Mediaforum* 2008, p. 75-76.

122 Artikel 16 Richtlijn televisie zonder grenzen.

123 Overweging 67 van de considerans.

124 Overweging 44 van de considerans.

scherm moeten worden. De vraag die zich aandient is: welke nadelige effecten kan reclame op kinderen hebben?

De blootstelling aan reclame stimuleert materialistische opvattingen bij kinderen.¹²⁵ Dit effect is echter minder bij kinderen waarbij in hun gezin regelmatig wordt gepraat en gediscussieerd over reclame.¹²⁶ Met het praten en discussiëren over reclame wordt bedoeld dat ouders hun kind(eren) de functie van reclame uitleggen en commentaar geven op reclames.¹²⁷ Reclame is bovendien indirect gerelateerd aan conflicten tussen ouders en kinderen.¹²⁸ Blootstelling aan reclame leidt tot meer aankoopverzoeken van kinderen en dit leidt weer tot meer conflicten.¹²⁹ Het verband tussen blootstelling aan reclame en het aantal aankoopverzoeken van kinderen is sterker bij jonge kinderen, omdat jonge kinderen gevoeliger zijn voor de effecten van reclame.¹³⁰ Het verband tussen de blootstelling en het aantal aankoopverzoeken is minder bij kinderen waarbij in het gezin regelmatig gecommuniceerd wordt over reclame.¹³¹ Deze educatieve methode heeft een beter effect bij het reduceren van de invloed van tv-reclames op kinderen dan de restrictieve methode.¹³² Bij deze laatste methode beschermen ouders hun kind(eren) tegen de effecten van reclame door hun kind(eren) zo min mogelijk bloot te stellen aan reclame.¹³³ Voorlichting door de ouders is het meest effectieve middel bij het reduceren van de invloed van tv-reclames op kinderen, omdat kinderen tv kijken in de context van hun gezin.¹³⁴

Blootstelling aan reclame leidt tot meer aankoopverzoeken van kinderen en dit leidt weer tot meer teleurstelling bij kinderen, omdat niet alle verzoeken gehonoreerd kun-

- 125 M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'The effects of television advertising on materialism, parent-child conflict, and unhappiness: a review of research', *Applied Developmental Psychology* 2003, p. 451 en M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'The unintended effects of television advertising. A parent-child survey', *Communication Research* 2003, p. 498.
- 126 G.P. Moschis & R.L. Moore, 'A longitudinal study of television advertising effects', *Journal of Consumer Research* 1982, p. 285 en M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'The unintended effects of television advertising. A parent-child survey', *Communication Research* 2003, p. 498.
- 127 M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'The unintended effects of television advertising. A parent-child survey', *Communication Research* 2003, p. 500.
- 128 M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'The effects of television advertising on materialism, parent-child conflict, and unhappiness: a review of research', *Applied Developmental Psychology* 2003, p. 452.
- 129 M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'The unintended effects of television advertising. A parent-child survey', *Communication Research* 2003, p. 498.
- 130 M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'The unintended effects of television advertising. A parent-child survey', *Communication Research* 2003, p. 498.
- 131 B. Gunter & A. Furnham, *Children as consumers. A psychological analysis of the young people's market*, London: Routledge 1998, p. 145 en M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'The unintended effects of television advertising. A parent-child survey', *Communication Research* 2003, p. 498.
- 132 M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'Parental mediation of undesired advertising effects', *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 2005, p. 161.
- 133 M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'Parental mediation of undesired advertising effects', *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 2005, p. 154.
- 134 M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'Parental mediation of undesired advertising effects', *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 2005, p. 153-154.

nen worden.¹³⁵ Dit heeft een negatief effect op de tevredenheid van kinderen over zichzelf en hun omgeving.¹³⁶

10.5 Evaluatie

De Europese en nationale wetgever hebben maatregelen genomen om minderjarigen vermogensrechtelijk te beschermen. In deze paragraaf zal worden geëvalueerd in hoeverre de verschillende wijzen waarop minderjarigen vermogensrechtelijk worden beschermd aansluiten bij de psychologische ontwikkeling van minderjarigen.

10.5.1 *De handelingsonbekwaamheid*

De regeling van de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen beoogt minderjarigen te beschermen tegen de nadelige gevolgen van het verrichten van rechtshandelingen. Door de handelingsonbekwaamheid zijn minderjarigen erg beperkt in hun doen en laten. Gezien de psychologische ontwikkeling van minderjarigen is dit niet wenselijk, omdat de zelfstandigheid van de minderjarige bij de financiële opvoeding gestimuleerd moet worden. Hierbij is het noodzakelijk dat het kind de ruimte krijgt om fouten te maken en van zijn fouten te leren. In het systeem van de handelingsonbekwaamheid ontbreekt deze ruimte doordat minderjarigen gewoonweg niet in staat zijn om rehtens onaanastbare rechtshandelingen te verrichten. Pas wanneer een minderjarige de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt krijgt hij enige ruimte om fouten te maken. Deze minderjarige kan een beroep doen op de wettelijke uitzonderingen op de handelingsonbekwaamheid. Hij kan een verzoek tot handlichting indienen of de toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger wordt vaker verondersteld te zijn verleend. De minderjarigen van nul tot zestien jaar genieten allemaal dezelfde mate van bescherming vanwege hun veronderstelde onervarenheid. Dit sluit niet goed aan bij de consumentensocialisatie van kinderen. Wanneer kinderen de leeftijd van twaalf jaar hebben bereikt bezitten zij alle kenmerken van een volwaardig consument. Zij beschikken over de vaardigheden, kunde en attitudes om als consument te functioneren. Hierdoor valt er veel voor te zeggen om minderjarigen vanaf twaalf jaar minder vermogensrechtelijke bescherming te bieden. Minderjarigen van nul tot twaalf jaar zijn, gelet op hun psychologische ontwikkeling, minder ervaren en dienen wel volledig vermogensrechtelijk te worden beschermd.

10.5.2 *De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken*

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken beschermt minderjarigen tegen misleidende en agressieve handelspraktijken van ondernemingen. De Europese wetgever gaat er vanuit dat minderjarigen gemakkelijk in de verleiding kunnen worden gebracht om een product te kopen en om die reden worden minderjarigen beschermd tegen reclame. De

¹³⁵ M.E. Goldberg & G.J. Gorn, 'Some unintended consequences of TV advertising to children', *Journal of Consumer Research* 1978, p. 27.

¹³⁶ M. Buijzen & P.M. Valkenburg, 'The unintended effects of television advertising. A parent-child survey', *Communication Research* 2003, p. 499.

Richtlijn geeft alle minderjarigen, ongeacht hun leeftijd, dezelfde mate van bescherming. De vraag rijst of de Richtlijn onderscheid moet maken tussen de leeftijdscategorieën van minderjarigen. Kinderen vanaf acht jaar beginnen in te zien dat reclame wordt gemaakt om hen aan te sporen producten te kopen. Gelet hierop dient de Richtlijn minderjarigen vanaf acht jaar minder bescherming te bieden tegen de invloeden van reclame. Minderjarigen van acht tot achttien jaar behoren, gezien de psychologische ontwikkeling die zij doormaken, niet onder de werking van de vermogensrechtelijke bescherming van minderjarigen in de Richtlijn te vallen.

Het bovenstaande neemt niet weg dat het valt te betwijfelen of bescherming van minderjarigen door de overheid tegen de invloeden van reclame überhaupt zal werken. In § 4.4.1 is immers uiteengezet dat voorlichting door de ouders het meest effectieve middel is bij het reduceren van de negatieve effecten van reclame op kinderen.

10.5.3 *De Richtlijn audiovisuele mediadiensten*

De Richtlijn audiovisuele mediadiensten beschermt minderjarigen tegen reclame. Voor deze Richtlijn geldt eigenlijk hetzelfde als voor de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Ook de Richtlijn audiovisuele mediadiensten houdt geen rekening met het feit dat kinderen vanaf acht jaar beginnen in te zien dat reclame wordt gemaakt om hen aan te sporen producten te kopen. Daarnaast zijn er kanttekeningen te plaatsen bij de werking van deze bescherming door de overheid.

10.6 Conclusie

De in deze bijdrage behandelde wijzen van vermogensrechtelijke bescherming van minderjarigen sluiten mijns inziens niet goed aan bij de psychologische ontwikkeling van minderjarigen. In de regeling van de handelingsonbekwaamheid zou meer rekening kunnen worden gehouden met de zelfstandigheid van minderjarigen vanaf twaalf jaar in plaats van minderjarigen vanaf zestien jaar. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn audiovisuele mediadiensten zouden minderjarigen vanaf acht jaar minder bescherming tegen de invloeden van reclame moeten bieden. Gelet op het feit dat ouders een belangrijke rol spelen bij het beperken van de negatieve effecten van reclame op kinderen valt er wellicht veel voor te zeggen om op dit punt geen rol toe te kennen aan de overheid.

De vermogensbescherming van minderjarigen is te paternalistisch. Zowel de Europese als de nationale wetgever heeft regelingen getroffen om minderjarigen vermogensrechtelijk te beschermen. Hierbij wordt echter geen rekening gehouden met de rol van de ouders. Gebleken is dat juist de ouders een belangrijke rol hebben bij de vermogensbescherming van hun kind(eren). Bij de financiële opvoeding van hun kind(eren) en het tegengaan van negatieve effecten van reclame spelen ouders een cruciale rol door het geven van zak- en/of kleedgeld en het praten over reclame. De Europese en nationale wetgever moeten zich meer realiseren dat bescherming van minderjarigen niet inhoudt het 'kleinhouden van minderjarigen'. Die bescherming moet gebaseerd zijn op vertrouwen en het dragen van eigen verantwoordelijkheid door minderjarigen. Het zou dan

ook goed zijn als de regeling van vermogensbescherming van minderjarigen gekoppeld wordt aan hun psychologische ontwikkeling.

XI Zelfbeschikking en financiële vermogensbescherming bij bejaarden

Saskia Braun

In deze bijdrage staat de vraag centraal of ouderen in het huidige recht voldoende vermogensrechtelijk worden beschermd. Aan de hand van inzichten uit de gerontologie, geriatrie en psychologie worden eerst de oorzaken van vermogensrechtelijke kwetsbaarheid bij ouderen achterhaald. Uit dit onderzoek blijkt dat ouderen ten gevolge van hun lichamelijke en geestelijke achteruitgang in min of meerdere mate afhankelijk worden van de hulp van anderen. Deze afhankelijkheid maakt hen kwetsbaar in vermogensrechtelijk opzicht. Daarnaast kunnen maatschappelijke en sociaalrelationele veranderingen ouderen vermogensrechtelijk kwetsbaar maken.

In deze bijdrage worden kwetsbare ouderen onderverdeeld in twee categorieën. De eerste categorie bestaat uit ouderen die als gevolg van hun lichamelijke beperkingen vermogensrechtelijk moeten worden beschermd. De tweede categorie bestaat uit ouderen die als gevolg van hun geestelijke achteruitgang moeten worden beschermd. Het uitgangspunt is dat de vermogensrechtelijke bescherming de handelingsvrijheid van ouderen niet onnodig mag beperken. Zij moet echter wel toereikend zijn en voldoende beschermen tegen financieel misbruik.

De volmacht biedt in beginsel voldoende vermogensrechtelijke bescherming aan ouderen uit de eerste categorie. Deze rechtsfiguur schiet echter tekort in situaties van financiële benadeling door de gevolmachtigde of door derden. Bescherming tegen financieel misbruik door de gevolmachtigde kan worden gerealiseerd door een zekere vorm van toezicht op de volmachtigde te introduceren.

Het meerderjarigenbewind biedt in beginsel een beschermingsmaatregel op maat voor ouderen uit de tweede categorie. Het bewind schiet zijn doel echter voorbij, omdat de wederpartij en derden worden beschermd tegen onbevoegd handelen van de onderbewindgestelde. Om de positie van derden minder sterk te maken zou gedacht kunnen worden aan de introductie van een partiële handelingsonbekwaamheid.

De notaris speelt ook een belangrijke rol bij de vermogensrechtelijke bescherming van deze ouderen. De notaris zou moeten worden verplicht om bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid van zijn cliënt een medisch deskundig advies te betrekken. Op deze manier kan zo veel mogelijk worden voorkomen dat hij akten passeert op basis van verklaringen van personen die niet in staat zijn hun wil in vrijheid te uiten. Tenslotte biedt het leerstuk van misbruik van omstandigheden ouderen bescherming tegen financieel misbruik.

II.1 Inleiding

“Maarten, er komt een vrouw op bezoek die op je zal passen. Als ik zo nu en dan even weg moet. Boodschappen doen of zo.” “Sinds wanneer wordt er op mij gepast? Ik ben toch zeker geen kind meer?” “Je wordt zo vergeetachtig, Maarten. Je vergeet wat je doet. Het kan gevaarlijk zijn, jij helemaal alleen hier in huis.”¹

In dit citaat uit *Hersenschimmen* beschrijft Bernlef hoe Maarten Klein langzaam maar zeker zijn greep op de werkelijkheid verliest ten gevolge van dementie. Hij kan heden en verleden niet meer onderscheiden, wil plotseling naar zijn werk en ziet zijn echtgenote voor een vreemde aan. Maarten wordt volledig afhankelijk van de hulp van anderen. Het is voorstelbaar dat deze afhankelijkheid ook gevolgen zal hebben voor het beheer van zijn inkomen en vermogen.

Veel mensen vrezen het moment waarop zij niet meer in staat zijn hun eigen financiële belangen te behartigen.² In het leven van de meeste ouderen komt een fase waarin zij niet meer zelfstandig kunnen functioneren. Zij zijn dan veelal ook niet meer in staat hun vermogensrechtelijke rechtshandelingen zelfstandig te verrichten. In het ergste geval kunnen zij als gevolg van een geestelijke stoornis de gevolgen van deze rechtshandelingen niet meer overzien. Tevens vormen deze ouderen een kwetsbare prooi voor financieel misbruik. Zij lopen bijvoorbeeld het risico op diefstal van geld of kostbare bezittingen, min of meer gedwongen testamentverandering of de verkoop van hun huis.³

In deze bijdrage staat de vraag centraal of ouderen in het huidige recht voldoende vermogensrechtelijk worden beschermd. Voor het beantwoorden van deze vraag is het noodzakelijk om eerst de oorzaken van vermogensrechtelijke kwetsbaarheid te achterhalen.

In de volgende paragraaf zal ik dan ook eerst de oorzaken beschrijven die ouderen kwetsbaar maken in vermogensrechtelijk opzicht. In § 3 beschrijf ik de voorwaarden voor vermogensrechtelijke bescherming van ouderen. In § 4 geef ik eerst een overzicht van de beschermingsbepalingen die ons recht kent. Vervolgens onderzoek ik of deze maatregelen en voorzieningen voldoen aan de voorwaarden die ik heb gesteld aan vermogensrechtelijke bescherming van ouderen. In § 5 bespreek ik de belangrijke rol van de notaris ten aanzien van vermogensrechtelijke bescherming van ouderen met een geestelijke stoornis. Alvorens ik in § 7 tot mijn conclusie kom zal ik in § 6 de beschreven beschermingsmaatregelen en voorzieningen evalueren.

1 J. Bernlef, *Hersenschimmen*, Amsterdam: Em. Querido's Uitgeverij 1984, p. 136.

2 *NRC Handelsblad* 26 april 2008, p. 27.

3 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar oudermishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 33.

11.2 De kwetsbare bejaarde

11.2.1 Algemeen

Ten gevolge van de toenemende vergrijzing vormen ouderen vandaag de dag een goed zichtbare bevolkingsgroep. Ouderen bereiken een steeds hogere leeftijd en het aantal ouderen in de totale bevolking neemt ook fors toe. De vraag wanneer iemand onder de categorie ‘bejaarden’ valt is in theorie niet eenvoudig te beantwoorden. De meeste onderzoekers trekken een grens bij de leeftijd van 65 jaar, maar deze grens is arbitrair. In het kader van deze bijdrage wil ik de grens daar leggen waar ouderen als gevolg van aan leeftijd gerelateerde fysieke, psychische, sociale of maatschappelijke veranderingen kwetsbaar worden in vermogensrechtelijk opzicht.

In deze paragraaf wil ik met behulp van inzichten uit de gerontologie, geriatrie en psychologie een antwoord formuleren op de vraag wat ouderen kwetsbaar maakt in vermogensrechtelijk opzicht. De mate van kwetsbaarheid verschilt sterk per individu en is afhankelijk van diverse factoren. Als gevolg van een toegenomen individualisering van onze samenleving geven mensen op verschillende manieren invulling aan hun leven. Ouderen verschillen niet alleen in de manier waarop zij leven, maar ook in hun behoeften en de manier waarop zij tegen het leven aankijken.⁴ Deze verscheidenheid wordt mede bepaald door de levensfase waarin ouderen zich bevinden en de daarmee samenhangende biologische veroudering. In verband met deze verschillen tussen ouderen zal ik de oorzaken die ouderen kwetsbaar maken, categoriseren.

11.2.2 Lichamelijke veroudering

Biologische verouderingsprocessen leiden bij de mens tot functieverlies van organen en zintuigen.⁵ Belangrijke veranderingen betreffen de pompfunctie van het hart, de longfunctie, de nierfunctie, de geleidingssnelheid van zenuwen en zintuiglijke functies als het gezichtsvermogen en het gehoor. De veranderingen in het functioneren verschillen per individu vanwege verschillen in biologische en genetische factoren, maar ook in leefstijl.⁶

Stoornissen in het beenderstelsel, de spieren en gewrichten, maar ook de achteruitgang van het gehoor en gezichtsvermogen kunnen leiden tot een beperking in mobiliteit. Wanneer de oudere lichamelijk sterk achteruit gaat, is hij steeds meer aangewezen op de hulp van anderen. Veelal bestaat deze hulp uit vrijwillige zorg van kinderen, familie en vrienden. Ouderen die alleen staan en wier kinderen verder weg wonen, kunnen

4 A.M. Pot, Y. Kuin & M. Vink, ‘Ouder worden, ouderen en ouderenpsychologie in de huidige samenleving’, in: A.M. Pot e.a. (red.), *Handboek Ouderenpsychologie*, Utrecht: De Tijdstroom 2007, p. 16.

5 F. Eulerink e.a. (red.), *Inleiding gerontologie en geriatrie*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2004, p. 27.

6 M. Smalbrugge, ‘Biologische veroudering en leeftijdsgerelateerde aandoeningen’, in: A.M. Pot e.a. (red.), *Handboek Ouderenpsychologie*, Utrecht: De Tijdstroom 2007, p. 69.

veelal minder vaak rekenen op mantelzorg. Zij zijn meer afhankelijk van professionele zorgverleners.⁷

Als gevolg van hun mobiele achteruitgang worden ouderen ook voor het beheer van hun inkomen en vermogen afhankelijk van anderen. Zij zijn vaak niet meer in staat om zelfstandig boodschappen te doen of andere financiële zaken buitenshuis te verrichten. Veel mantelzorgers nemen deze zorg voor financiële zaken van de oudere over.⁸ Ook kunnen visuele beperkingen ouderen belemmeren bij het regelen van hun financiën. Wanneer ouderen niet goed meer kunnen lezen, worden zij bijvoorbeeld bij het voldoen van hun rekeningen of doen van belastingaangifte aangewezen op de hulp van anderen.

De lichamelijke achteruitgang en toenemende mate van afhankelijkheid maken ouderen kwetsbaar voor mishandeling.⁹ De Vrije Universiteit heeft in opdracht van het ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Sport onderzoek gedaan naar de omvang, risicofactoren en achtergronden van mishandeling bij ouderen.¹⁰ Het ministerie verstaat in dit verband onder mishandeling verbale agressie, lichamelijk geweld of verwaarlozing, maar ook financiële benadeling.¹¹ Veel ouderen worden door verwanten en bekenden financieel onder druk gezet, opgesloten of zelfs mishandeld. Uit dit onderzoek is gebleken dat bij 1,4% van alle zelfstandig wonende 65-plussers sprake is van financieel misbruik. Dit betekent dat jaarlijks ruim 26 duizend zelfstandig wonende ouderen het slachtoffer zijn van financiële benadeling. Onder financiële benadeling wordt in dit verband verstaan het zonder toestemming respectievelijk oneigenlijk gebruikmaken van geld of bezittingen van de oudere, of benadeling door degene die de geld- en bankzaken voor de oudere regelt.¹² Te denken valt aan diefstal van geld of kostbare bezittingen, maar ook verkoop of gebruik van eigendommen zonder toestemming van de oudere en aan gedwongen testamentverandering.

7 R. Grommen, 'Ouderen en hun (klein)kinderen, broers en zussen', in: A. Marcoen e.a. (red.), *Als de schaduwen langer worden. Psychologische perspectieven op ouder worden en oud zijn*, Leuven: Lannoo Campus 2006, p. 265.

8 P. Cuijpers, 'Mantelzorg; (familie)relaties onder druk', in: M. Allewijn & B. Miesen (red.), *Zorg om ouderen. Een leidraad voor mantelzorgers*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 19.

9 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar oudermishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 11; F. Bovenkerk e.a. (red.), *Geweldscriminaliteit tegen ouderen*, Utrecht: Willem Pompe Instituut voor Strafwetenschappen Universiteit Utrecht 2003, p. 5.

10 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar oudermishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 89.

11 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar oudermishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 11.

12 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar oudermishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 33.

11.2.3 Sociaalrelationele context

Het ouder worden van de individuele persoon voltrekt zich in de context van relaties en interacties met anderen. Deze relaties en interacties zijn dynamisch. Ze veranderen in de persoonlijke levensloop, bijvoorbeeld doordat kinderen het huis uit gaan, door pensioenering, door het verlies van de partner en door verhuizing naar een kleinere woning.¹³ Persoonlijke relaties vormen een belangrijke bron van steun en zorg in moeilijke tijden.¹⁴ Wanneer ouderen in een fase komen waarin zij niet meer zelfstandig door het leven kunnen, worden zij voor hun inkomens- en vermogensbeheer afhankelijk van de hulp van anderen. Op oudere leeftijd is het belang van een goed functionerend persoonlijk netwerk dan ook groot.

Wanneer het persoonlijke netwerk niet goed functioneert of anderszins tekortschiet kan dit leiden tot gevoelens van eenzaamheid. Eenzaamheid komt relatief vaak voor bij ouderen.¹⁵ Bepaalde veranderingen in iemands leven vergroten de kans op eenzaamheid. Dit zijn onder meer het overlijden van dierbaren, echtscheiding, verhuizing, opname van een partner in een verpleeghuis, lichamelijke beperkingen en gezondheidsproblemen. Doordat deze veranderingen vaker voorkomen bij ouderen, vormen zij een groter risico op eenzaamheid dan bij jongeren.¹⁶

Eenzaamheid is een van de risicofactoren die de kans op financiële benadeling vergroot.¹⁷ Uit het onderzoek van de Vrije Universiteit Amsterdam blijkt dat slachtoffers van financiële benadeling minder goede vrienden hebben. Bovendien gaan zij minder vaak op bezoek of krijgen minder bezoek dan niet slachtoffers. Het merendeel van de slachtoffers is ongehuwd en woont alleen. De meeste slachtoffers hebben een slechte gezondheid en zijn vaak afhankelijk van de hulp van anderen bij huishoudelijke activiteiten en het regelen van financiële zaken. De helft van de daders heeft het slachtoffer regelmatig geholpen bij de verzorging of huishoudelijke activiteiten. De daders van financiële benadeling zijn veelal een direct gezins- of familielid, maar het komt ook regelmatig voor dat professionele hulpverleners ouderen financieel benadelen.¹⁸

- 13 N. Van Ranst, 'Eenzaamheid', in: A. Marcoen e.a. (red.), *Als de schaduwen langer worden. Psychologische perspectieven op ouder worden en oud zijn*, Leuven: Lannoo Campus 2006, p. 284.
- 14 M. Broese van Groenou & T. van Tilburg, 'Ouder worden in sociaal-relatieel perspectief', in: A.M. Pot e.a. (red.), *Handboek Ouderenpsychologie*, Utrecht: De Tijdstroom 2007, p. 52.
- 15 N. Van Ranst, 'Eenzaamheid', in: A. Marcoen e.a. (red.), *Als de schaduwen langer worden. Psychologische perspectieven op ouder worden en oud zijn*, Leuven: Lannoo Campus 2006, p. 284.
- 16 C. Huijben, 'Eenzaamheid; meer dan alleen zijn', in: M. Allewijn & B. Miesen (red.), *Zorg om ouderen. Een leidraad voor mantelzorgers*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 33.
- 17 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar ouderenmishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 51.
- 18 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar ouderenmishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 47.

11.2.4 Psychologische verandering

Psychologisch ouder worden omvat een geheel aan veranderingen in het psychisch functioneren en in de manier van omgaan met lichamelijke en sociale veranderingen.¹⁹ Psychische problemen kunnen het welbevinden van ouderen ongunstig beïnvloeden. Bij sommige ouderen is het psychische lijden evenwel ernstiger en is sprake van een psychische stoornis of psychiatrische aandoening. Men spreekt van een stoornis wanneer er grote beperkingen optreden in het sociaal functioneren en het zich zelfstandig handhaven.²⁰ De drie meest voorkomende psychische stoornissen bij ouderen zijn de bemoeilijkte rouw, depressie en dementie.²¹ In deze paragraaf beperk ik mij tot de bespreking van dementie.

Dementie is een veelvoorkomende hersenaandoening die met cognitieve stoornissen gepaard gaat. Het geestelijk functioneren van deze ouderen gaat steeds verder achteruit. In het begin van het dementeringsproces blijven de stoornissen beperkt tot het niet kunnen aanleren van nieuwe zaken. De inprenting verloopt moeizaam, waardoor feiten en gebeurtenissen van de voorbije uren en dagen worden vergeten. In deze fase kan het voorkomen dat de dementerende persoon op het ene moment compleet gedesorïenteerd is, maar op het andere moment redelijk en adequaat reageert. Na verloop van tijd worden de geheugenproblemen ernstiger. Bij een gevorderde dementie wordt ook het geheugen voor feiten en gebeurtenissen verder in de tijd terug aangetast. Het gevolg is dat de demente oudere op den duur niet meer zelfstandig kan functioneren in het dagelijkse leven.²²

Ouderen met een geestelijke beperking zijn veelal niet in staat hun wil zelfstandig te bepalen en de betekenis hiervan te overzien. Het komt regelmatig voor dat zij financiële handelingen verrichten die desastreuze gevolgen kunnen hebben voor hun financiële huishouding.²³

Zij worden voor het beheer van hun inkomen en vermogen in toenemende mate afhankelijk van de hulp van anderen. Deze toegenomen afhankelijkheid maakt ook deze ouderen tot potentieel slachtoffer van financieel misbruik door derden. Derden kunnen misbruik maken van het onvermogen tot een redelijke waardering van hun eigen belan-

19 A. Marcoen, 'Succesvol en constructief ouder worden', in: A. Marcoen e.a. (red.), *Als de schaduwen langer worden. Psychologische perspectieven op ouder worden en oud zijn*, Leuven: Lannoo Campus 2006, p. 296.

20 L. van de Ven, 'Psychische problemen en psychische stoornissen', in: A. Marcoen e.a. (red.), *Als de schaduwen langer worden. Psychologische perspectieven op ouder worden en oud zijn*, Leuven: Lannoo Campus 2006, p. 361.

21 L. van de Ven, 'Psychische problemen en psychische stoornissen', in: A. Marcoen e.a. (red.), *Als de schaduwen langer worden. Psychologische perspectieven op ouder worden en oud zijn*, Leuven: Lannoo Campus 2006, p. 361.

22 C. Jonker, 'Verschillende vormen van dementie; verschijnselen en behandeling', in: M. Al-lewijn & B. Miesen (red.), *Zorg om ouderen. Een leidraad voor mantelzorgers*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 246.

23 NRC Handelsblad 26 april 2008, p. 27.

gen.²⁴ Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat een oudere met een geestelijke stoornis onder druk van zijn kinderen de verkoopakte van zijn huis ondertekent zonder hiervan de gevolgen te overzien.

11.2.5 *Maatschappelijke context*

De ouder wordende mens wordt mede gevormd door de maatschappelijke context waarin hij leeft. Deze maatschappelijke context is aan verandering onderhevig. Ouderen moeten zich tegenwoordig aan heel wat technologische nieuwigheden aanpassen. Bepaalde technologische ontwikkelingen kunnen een bijdrage leveren aan het welzijn van ouderen. Hulpmiddelen als een rollator, elektrische rolstoel, hoortoestel en alarmsysteem zorgen ervoor dat ouderen met een lichamelijke handicap langer zelfstandig kunnen blijven. Daarnaast kunnen het elektronisch doen van boodschappen of thuisbankieren via het internet de zelfredzaamheid van deze ouderen verruimen.²⁵

Veel ouderen zijn echter nog niet in staat gebleken zich aan te passen aan deze nieuwe technologie. Het gebruiksgemak is vooralsnog ver te zoeken en de meeste ouderen lijden nog aan 'knoppenangst'. Dat komt volgens Masthoff door de toenemende functionaliteit van apparaten.²⁶ Het aantal toeters en bellen dat bijvoorbeeld op een dvd of mobiele telefoon zit neemt nog steeds toe. Een vergelijkbaar probleem geldt voor het internet. Wie surft op het net wordt voortdurend bedolven onder overbodige links. Het internet lijkt vooral ingericht voor en door jonge mensen. Zoekmachines maken de onoverzichtelijkheid van het net alleen maar groter. Door het overweldigende aanbod van pagina's op het net leidt een ingetikt zoekwoord bij een zoekmachine al snel tot honderden hits. Oudere gebruikers haken in zo'n geval al snel af.²⁷

De komst van het internet heeft ook grote gevolgen gehad voor de structuur van het bankwezen. Een van de meest zichtbare veranderingen is de afname van het fysieke contact met klanten. Deze trend was al ingezet met de introductie van de pinautomaat in de jaren tachtig en heeft zich alleen maar sterker doorgezet als gevolg van het gebruik van internet. Doordat steeds meer banken hun loketten sluiten zijn ouderen steeds meer aangewezen op het bankieren via internet. Veel ouderen kunnen niet zelfstandig bankieren via internet of bijvoorbeeld elektronisch belastingaangifte doen. Voor deze handelingen zijn zij aangewezen op de hulp van anderen.

Naast de lichamelijke en psychologische veranderingen en de veranderingen in sociaal-relatieve context is ook deze vorm van afhankelijkheid een factor die ouderen kwetsbaar maakt in vermogensrechtelijk opzicht.

24 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar oudermishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 94.

25 J. Masthoff, 'De ontwikkeling van richtlijnen voor vriendelijke adaptieve technologie: niet alleen goed voor ouderen', *Geron, Tijdschrift voor Sociale Gerontologie* 2000, p. 74.

26 J. Masthoff, 'De ontwikkeling van richtlijnen voor vriendelijke adaptieve technologie: niet alleen goed voor ouderen', *Geron, Tijdschrift voor Sociale Gerontologie* 2000, p. 73.

27 J. Masthoff, 'De ontwikkeling van richtlijnen voor vriendelijke adaptieve technologie: niet alleen goed voor ouderen', *Geron, Tijdschrift voor Sociale Gerontologie* 2000, p. 43.

11.2.6 *Verskillende categorieën van kwetsbaarheid*

De hierboven beschreven oorzaken van vermogensrechtelijke kwetsbaarheid bij ouderen brengen mij tot een onderverdeling van ouderen in twee categorieën. Deze onderverdeling is niet absoluut. Er is eerder sprake van ideaaltypen. In de werkelijkheid zal veelal een combinatie van kenmerken uit de beide categorieën aan te wijzen zijn.

Voor zowel de ouderen uit de eerste als tweede categorie geldt dat zij zich moeten aanpassen aan nieuwe technologische ontwikkelingen. De toegenomen afhankelijkheid van de hulp van anderen bijvoorbeeld bij het pinnen uit de geldautomaat en het bankieren via internet is een factor die ouderen kwetsbaar maakt. Tevens geldt voor ouderen uit beide categorieën dat zij als gevolg van sociaalrelationele veranderingen kunnen vereenzamen. Uit bovengenoemd onderzoek van de Vrije Universiteit blijkt dat eenzaamheid ouderen kwetsbaar maakt voor financieel misbruik.²⁸

11.2.6.1 *De eerste categorie kwetsbare ouderen*

De eerste categorie kwetsbare ouderen bestaat uit ouderen met lichamelijke beperkingen. Als gevolg van hun mobiele en zintuiglijke achteruitgang zijn deze ouderen veelal niet meer in staat zelfstandig hun financiële belangen te behartigen. Meestal nemen familie of vrienden de zorg voor de financiële zaken van deze ouderen waar. Wanneer geen beroep kan worden gedaan op vrijwillige mantelzorg zijn deze ouderen aangewezen op professionele hulpverleners.

Uit het hierboven aangehaalde onderzoek van de Vrije Universiteit blijkt dat de toegenomen afhankelijkheid van anderen deze ouderen kwetsbaar maakt voor financieel misbruik.²⁹

11.2.6.2 *De tweede categorie kwetsbare ouderen*

De tweede categorie kwetsbare ouderen bestaat uit ouderen met een geestelijke beperking. Ouderen met een geestelijke achteruitgang zijn voor het beheer van inkomen en vermogen in toenemende mate aangewezen op de hulp van anderen. Daarbij zijn zij een kwetsbare prooi voor derden die misbruik kunnen maken van hun onvermogen tot een redelijke waardering van hun eigen belangen.

De vraag wanneer ouderen niet meer in staat zijn tot een redelijke waardering van hun eigen belangen is moeilijk te beantwoorden. Slechts in uitzonderingsgevallen is een algemeen oordeel over iemands wilsbekwaamheid mogelijk, zoals bij diep demente mensen en mensen die bewusteloos zijn. Wanneer mensen geen enkele beslissing kunnen nemen spreekt men van categorische wilsonbekwaamheid.³⁰ In het merendeel van de

28 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar ouderenmishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 89.

29 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar ouderenmishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 89.

30 T.J.E.M. Bakker e.a. (red.), *Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid*, Den Haag: ministerie van Justitie 2007, p. 10.

gevallen kunnen mensen voor het nemen van sommige beslissingen wel, en voor andere niet wilsbekwaam worden geacht. Dit wordt ook wel partiële wilsonbekwaamheid genoemd.³¹ Naast partiële wilsonbekwaamheid komt tijdelijke wilsonbekwaamheid voor, bijvoorbeeld bij een delier of psychose. Bij het bepalen van de vereisten voor vermogensrechtelijke bescherming van ouderen moet uitdrukkelijk rekening worden gehouden met het feit dat de mate van wilsbekwaamheid van situatie tot situatie kan verschillen.

11.3 Voorwaarden voor vermogensrechtelijke bescherming van ouderen

11.3.1 Algemeen

In de vorige paragraaf heb ik uiteengezet welke factoren ouderen kwetsbaar maken in vermogensrechtelijk opzicht. Vervolgens heb ik deze kwetsbare ouderen onderverdeeld in twee categorieën. In deze paragraaf beschrijf ik eerst de voorwaarden die ik stel aan vermogensrechtelijke bescherming van deze twee categorieën. In de volgende paragraaf zal ik onderzoeken of de beschermingsbepalingen van het huidige recht voldoen aan deze voorwaarden.

In het streven naar voldoende vermogensbescherming leg ik de nadruk op de eigen verantwoordelijkheid, zelfstandigheid en keuzevrijheid van ouderen. Vermogensrechtelijke beschermingsregels moeten de autonomie van de ouderen zo veel mogelijk respecteren.³² Dit betekent dat bestaande vrijheden en nog wel aanwezige mogelijkheden van ouderen tot zelf beslissen of handelen moeten worden gewaarborgd.

Ouderen hebben veelal iemand nodig die hen terzijde staat en zonodig vertegenwoordigt. Bij deze vertegenwoordiging moet zo veel mogelijk worden bevorderd dat de betrokkene zelf optreedt als dat in het gegeven geval verantwoord is. Daarbij moet deze vertegenwoordiging geschieden binnen duidelijke kaders, die grenzen stellen aan de mogelijkheden van de vertegenwoordiger om rechtshandelingen te verrichten namens de vertegenwoordigde.³³

De voorkeur voor een zo licht mogelijke maatregel is ook terug te vinden in de Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa.³⁴ Hierin zijn beginselen met

31 T.J.E.M. Bakker e.a. (red.), *Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2007, p. 10.

32 Zie ook S. Jansen, 'Curatele, beschermingsbewind en mentorschap: waar gaan wij (moet het) heen?', *FJR* 2001, p. 258.

33 Zie ook S. Jansen, 'Het Nederlands recht inzake bescherming van meerderjarigen en Aanbeveling No. R (99)4 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de Lidstaten omtrent wilsonbekwame volwassen personen', in: K. Boele-Woelki & E. Mostermans (red.), *Volwassen maar onzelfstandig. Meerderjarigenbescherming in Europees en internationaal privaatrechtelijk perspectief*, Groningen: Intersentia Uitgevers Antwerpen 1999, p. 23.

34 Recommendation No. R (99)4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles concerning the Legal Protection of Incapable Adults, afgedrukt in: K. Boele-Woelki & E. Mostermans (red.), *Volwassen maar onzelfstandig. Meerderjarigenbescherming in Europees en internationaal privaatrechtelijk perspectief*, Groningen: Intersentia Uitgevers Antwerpen 1999, p. 24.

betrekking tot de bescherming van wilsonbekwame meerderjarigen neergelegd. Deze Aanbeveling gaat uit van de beginselen van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit.³⁵

In de eerste plaats moet geen beschermingsmaatregel worden getroffen dan nadat is vastgesteld dat deze voor de bescherming van de betrokkene en diens belangen noodzakelijk is. In de tweede plaats moet de rechter uitdrukkelijk rekening houden met minder formele oplossingen zoals zaakwaarneming, volmacht of de hulp van vrienden en familie die feitelijk adviseren bij het nemen van een beslissing. Tenslotte moet een beschermingsmaatregel die in een concreet geval noodzakelijk wordt geacht in een juiste verhouding staan met bij de betrokkene nog wel aanwezig vermogen om zelf beslissingen te nemen. De rechter dient expliciet rekening te houden met de restcapaciteit van de betrokkene en te bezien of minder formele voorzieningen niet ook een voldoende oplossing zouden kunnen bieden.³⁶

De vermogensrechtelijke bescherming mag de handelingsvrijheid van ouderen niet onnodig beperken, maar moet wel toereikend zijn en voldoende beschermen tegen financieel misbruik. Er moet daarom een zeker evenwicht worden gevonden tussen autonomie en paternalisme. Dit zal voor beide categorieën ouderen anders uitpakken.

Ouderen uit de tweede categorie moeten veelal worden beschermd tegen zichzelf of misbruik door derden waarbij grote financiële belangen op het spel staan. Om die reden is ten aanzien van deze ouderen een verdergaande beperking van de autonomie van de betrokkene veelal noodzakelijk.

Ouderen uit de eerste categorie hoeven daarentegen niet tegen zichzelf te worden beschermd. Daarbij heeft financieel misbruik bij deze ouderen vaak minder vergaande gevolgen, omdat veelal relatief kleine financiële belangen in het geding zijn.³⁷ Ten aanzien van deze ouderen is een minder vergaande inbreuk op de autonomie gerechtvaardigd. Het feit dat de autonomie van deze ouderen zo veel mogelijk moet worden gewaarborgd sluit enige mate van financieel misbruik dan ook niet uit.

11.3.2 Bescherming van de eerste categorie

De ouderen uit de eerste categorie zijn vanwege hun lichamelijke achteruitgang veelal niet in staat hun vermogensrechtelijke rechtshandelingen geheel zelfstandig te verrichten. Zij zijn voor het beheer van hun inkomen en vermogen in meer of mindere mate aangewezen op de hulp van anderen.

Voor een aantal vermogensrechtelijke rechtshandelingen hebben ouderen iemand nodig die voor hen als vertegenwoordiger kan optreden. Veelal komt deze hulp als vanzelfsprekend tot stand, doordat de partner of naaste familie als vertegenwoordiger optreedt. Problemen doen zich met name voor bij eenzame ouderen. Wanneer de oudere geen partner, familie of vrienden heeft die zijn vermogensrechtelijke belangen kunnen behartigen,

35 Aanbeveling No. R (99)4 d.d. 23 februari 1999.

36 S. Jansen, 'Curatele, beschermingsbewind en mentorschap: waar gaan wij (moet het) heen?', *FJR* 2001, p. 258.

37 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar oudermishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 75.

gen moet professionele hulp ter beschikking staan. De oplossing voor dit probleem moet vooral worden gezocht binnen het welzijnswerk en valt buiten het juridische kader.

Uit de vorige paragraaf blijkt dat de toegenomen afhankelijkheid van anderen aanleiding kan zijn tot financiële benadeling. Wie stelt immers vast of de mantelzorger of professionele hulpverlener pint voor de boodschappen van degene die wordt geholpen? De gelegenheid maakt de dief. Dat kan variëren van een pak suiker tot het hele vermogen. Daarom is een zekere mate van toezicht vereist op de vertegenwoordiger van deze ouderen ter bescherming tegen financiële benadeling.

11.3.3 *Bescherming van de tweede categorie*

De ouderen uit de tweede categorie zijn veelal niet meer in staat hun wil zelfstandig te bepalen en de betekenis hiervan te overzien. Deze ouderen moeten in de eerste plaats worden beschermd tegen zichzelf. In de tweede plaats moeten zij worden beschermd tegen derden die misbruik kunnen maken van hun onvermogen tot een redelijke waardering van hun eigen belangen. Vooral als het gaat om vermogensrechtelijke rechtshandelingen waarbij grote financiële belangen in het geding zijn, zoals de verkoop van een huis of het opmaken of wijzigen van een testament, is bescherming noodzakelijk.

Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat een oudere met een geestelijke stoornis een testament ondertekent en niet beseft wat voor gevolgen dit met zich meebrengt. Om die reden moeten ouderen met een geestelijke stoornis in hun handelingsvrijheid worden beperkt. Een belangrijk uitgangspunt bij de vermogensrechtelijke bescherming van deze ouderen is dat de bevoegdheid om zelf te beslissen niet als weggefallen mag worden beschouwd. Er moet uitdrukkelijk rekening worden gehouden met de autonomie van de betrokkene en de mogelijkheid van partiële en tijdelijke wilsonbekwaamheid.³⁸ Een algehele beperking van de handelingsvrijheid is dan ook niet ten aanzien van alle ouderen met een geestelijke stoornis op zijn plaats. In bepaalde omstandigheden kan worden volstaan met een gedeeltelijke of tijdelijke beperking van de handelingsvrijheid.

11.4 Vermogensbescherming in het huidige recht

11.4.1 *Algemeen*

In deze paragraaf geef ik een overzicht van de vermogensrechtelijke beschermingsmaatregelen en voorzieningen tegen financieel misbruik die ons recht kent. Het recht biedt een aantal mogelijkheden ter bescherming van ouderen die niet volledig in staat zijn hun vermogensrechtelijke belangen zelfstandig te behartigen.

In de eerste plaats kent het burgerlijk recht een aantal vertegenwoordigingsregelingen als de bestuursopdracht, de zaakwaarneming, de lastgeving, de volmacht, het beschermingsbewind en de curatele. In deze paragraaf beperk ik mij tot de drie belangrijkste vertegenwoordigingsregelingen: de volmacht, het bewind en de curatele.

³⁸ K. Blankman, *Curatele voor personen met een geestelijke stoornis en bescherming op maat*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink: 1993, p. 2.

In de tweede plaats kunnen ouderen met een geestelijke stoornis vermogensrechtelijk worden beschermd op grond van het leerstuk van de feitelijke onbekwaamheid. Iemand is feitelijk onbekwaam wanneer hij door een geestelijke stoornis niet in staat is zijn belangen zelfstandig te behartigen.³⁹ De art. 3:34 e.v. BW bevatten een algemene regeling voor de feitelijke onbekwaamheid. De bescherming bestaat hierin dat op grond van art. 3:34 lid 1 BW een wil als in art. 3:33 BW bedoeld wordt geacht te ontbreken, wanneer de verklaring van de gestoorde niet overeenstemt met zijn wil. Een eenzijdige rechtshandeling die niet tot een of meer bepaalde personen was gericht, wordt door het ontbreken van een zodanige wil nietig, andere rechtshandelingen worden vernietigbaar (art. 3:34 lid 2 BW). De regeling biedt ouderen met een geestelijke stoornis een zekere bescherming. Deze is echter beperkt doordat zowel de wederpartij als derden te goeder trouw worden beschermd op grond van respectievelijk art. 3:35 en 3:36 BW.

In de derde plaats vinden slachtoffers van financieel misbruik vermogensrechtelijke bescherming in de leerstukken van de onrechtmatige daad, wanprestatie en misbruik van omstandigheden.

In het vervolg van deze paragraaf ga ik eerst dieper in op de rechtsfiguren volmacht, bewind en curatele. Per vertegenwoordigingsmaatregel geef ik aan in hoeverre deze de autonomie van de kwetsbare ouderen beperkt en of de maatregel voldoet aan de voorwaarden van vermogensrechtelijke bescherming van ouderen uit de twee categorieën. Vervolgens ga ik in op de bescherming tegen financieel misbruik op grond van het leerstuk van misbruik van omstandigheden.

In de volgende paragraaf bespreek ik de belangrijke rol van de notaris ten aanzien van vermogensrechtelijke bescherming van ouderen met een geestelijke stoornis.

11.4.2 Volmacht

In de praktijk wordt de problematiek van het inkomen- en vermogensbeheer van ouderen die daartoe zelf niet in staat zijn opgevangen door de volmacht.⁴⁰ Volmacht is de bevoegdheid die de volmachtgever aan de gevolmachtigde geeft om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten (art. 3:60 lid 1 BW). De volmacht werkt niet privaat. Dat wil zeggen dat de gevolmachtigde zelf bevoegd blijft tot handelen.⁴¹

De hoofdregel van ons recht is dat de gevolmachtigde de volmachtgever in beginsel slechts kan binden binnen de grenzen van de hem gegeven bevoegdheid.⁴² Een ander kan echter vertegenwoordigend handelen als ware hij de gevolmachtigde, hoewel een toereikende volmacht ontbreekt. Op de onbevoegdheid van de vertegenwoordiger kan de vertegenwoordigde onder omstandigheden geen beroep doen. Deze omstandigheden

39 K. Blankman, *Curatele voor personen met een geestelijke stoornis en bescherming op maat*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink: 1993, p. 228.

40 I. Jansen, *Beschermingsbewind. Een nieuwe mogelijkheid tot behartiging van de vermogensrechtelijke belangen van meerderjarigen*, 's-Gravenhage: Vuga-uitgeverij 1983, p. 15.

41 I. Jansen, *Beschermingsbewind. Een nieuwe mogelijkheid tot behartiging van de vermogensrechtelijke belangen van meerderjarigen*, 's-Gravenhage: Vuga-uitgeverij 1983, p. 15.

42 S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 37.

doen zich voor wanneer het vertrouwen van de wederpartij bescherming verdient (art. 3:61 lid 2 jo. 3:35 en 3:36 BW).

De wettelijke regeling van de volmacht vermeldt niet expliciet dat een volmacht eindigt door het enkele feit dat de volmachtgever wilsonbekwaam wordt (art. 3:72 BW). In de praktijk kan dit tot problemen leiden.⁴³ In een latere periode van de volmacht kan de oudere als gevolg van een geestelijke stoornis wilsonbekwaam worden. De volmachtgever is dan niet meer in staat de volmacht te controleren of te herroepen. Ons recht kent geen vorm van aanvullend toezicht die de volmachtgever kan beschermen tegen financiële benadeling door de gevolmachtigde wanneer de volmachtgever wilsonbekwaam is geworden. Het hierna te bespreken meerderjarigenbewind kent daarentegen wel een vorm van aanvullend toezicht op de bewindvoerder. Wanneer een gevolmachtigde misbruik maakt of dreigt te maken van de hem toegekende bevoegdheden, is er reden om een door de rechter benoemde vertegenwoordiger uit te lokken. Het is dan echter onduidelijk wat de gevolgen zijn van instelling van het bewind en benoeming van een bewindvoerder voor de volmacht, met name wanneer de bewindvoerder een ander is dan de gevolmachtigde. De wettelijke regeling van de volmacht vermeldt niet expliciet dat een dergelijke benoeming resulteert in een einde van de volmacht.⁴⁴ Ook is niet duidelijk of aan de bewindvoerder op grond van art. 1:411 lid 1 BW de bevoegdheid toekomt om de volmacht te herroepen.⁴⁵

In verband met dit tekort aan toezicht stuit de figuur van de volmacht bij de behartiging van vermogensrechtelijke belangen van ouderen op enige bezwaren. Blankman wijst in 'Bewind en aan bewind verwante vormen' op een in dit verband interessante voorziening in het Duitse recht.⁴⁶ Zo is het in de regeling van de Betreuung mogelijk een zogenaamde Vollmachtsüberwachungsbetreuung te realiseren (§ 1986 BGB). De rechter kan een Betreuer benoemen die over de schouder van de gevolmachtigde meekijkt. Deze tweede vertegenwoordiger oefent een marginaal toezicht uit op de door betrokkene zelf genoemde vertegenwoordiger.

Ten aanzien van de eerste categorie kwetsbare ouderen biedt de volmacht in beginsel voldoende vermogensrechtelijke bescherming. De volmacht stelt deze ouderen in staat de vermogensrechtelijke rechtshandelingen te verrichten waartoe zij zelf niet meer in staat zijn en waarvoor de wet een vertegenwoordiger vereist. De maatregel laat de handelingsvrijheid van deze ouderen zo veel mogelijk intact. De volmacht biedt echter onvoldoende bescherming tegen financiële benadeling door de gevolmachtigde. Wanneer de gevolmachtigde handelt buiten zijn gegeven bevoegdheid worden derden onder omstandigheden immers beschermd.

43 K. Blankman, 'Meerderjarigen- en voogdijbewind', in: F.W.J.M. Schols e.a. (red.), *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004, p. 77.

44 K. Blankman, 'Meerderjarigen- en voogdijbewind', in: F.W.J.M. Schols e.a. (red.), *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004, p. 78.

45 K. Blankman, 'Meerderjarigen- en voogdijbewind', in: F.W.J.M. Schols e.a. (red.), *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004, p. 78.

46 K. Blankman, 'Meerderjarigen- en voogdijbewind', in: F.W.J.M. Schols e.a. (red.), *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004, p. 77.

Voor de tweede categorie kwetsbare ouderen schiet deze maatregel tekort. Ook voor deze categorie geldt dat deze maatregel onvoldoende beschermt tegen financieel misbruik door de gevolmachtigde. Daarbij wordt de mogelijkheid voor toepassing van de volmacht in belangrijke mate beperkt door de eis van feitelijke bekwaamheid bij de volmachtgever ten tijde van het afgeven van een volmacht.⁴⁷ Tot slot biedt de volmacht geen bescherming aan ouderen met een geestelijke stoornis die tegen zichzelf moeten worden beschermd. De volmacht werkt immers niet privaatief.

11.4.3 Bewind

Een bewind kan door de kantonrechter worden ingesteld over het gehele of gedeeltelijke vermogen van een persoon wanneer deze als gevolg van zijn lichamelijke of geestelijke toestand tijdelijk of duurzaam niet in staat is zijn vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen (art. 1:431 lid 1 BW). Anders dan bij de gronden voor curatele wordt hier ook de lichamelijke toestand genoemd.

Onderbewindstelling leidt niet zoals bij curatele tot handelingsonbekwaamheid. Dege-
ne wiens vermogen geheel of gedeeltelijk onder bewind is gesteld, verliest het beheer over de betreffende vermogensbestanddelen (art. 1:438 lid 1 BW). De rechthebbende kan slechts met medewerking van de bewindvoerder of kantonrechter vervreemden of bezwaren (art. 1:438 lid 2 en art. 1:440 BW).

De bewindvoerder voert het beheer over de onder bewind staande goederen. Hij is niet steeds vrij geheel naar eigen inzicht te handelen. Voor een groot aantal handelingen heeft hij ex art. 1:441 lid 2 BW toestemming van de rechthebbende – dan wel ingeval de rechthebbende niet in staat is tot het geven van toestemming of weigert toestemming te geven – machtiging van de kantonrechter nodig. Het bewind wordt uitgeoefend onder een zeker toezicht van de kantonrechter (art. 1:445 BW). Deze kan de bewindvoerder op elk gewenst tijdstip ter verantwoording roepen en op verzoek of ambtshalve ontslaan wegens ‘gewichtige redenen’ (art. 1:448 BW).

Bewindvoering is een ingrijpende beschermingsmaatregel die de rechten van de betrokkene aanzienlijk beperkt. Het is daarom van groot belang dat de kantonrechter de uiterste zorgvuldigheid betracht bij het opleggen van deze maatregel. Tot voor kort hanteerden de kantonrechters op dit punt geen uniform beleid.⁴⁸ Bij sommige kantonrechters vond geen zitting plaats, tenzij een medische verklaring ontbrak of er onenigheid binnen de familie was.

De kantonrechters hebben in 2004 afspraken gemaakt met betrekking tot het meerderjarigenbewind. Zij hebben onder meer afgesproken dat de kantonrechter de meerderjarige altijd moet horen om te kunnen vaststellen of de maatregel nodig is. Ook moet de kantonrechter onderzoeken of het noodzakelijk is dat het hele vermogen onder bewind

47 K. Blankman, *Curatele voor personen met een geestelijke stoornis en bescherming op maat*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 219.

48 K. Blankman, ‘Het beschermingsbewind nader onderzocht’, *FJR* 2002, p. 256.

wordt gesteld. Deze afspraken zijn door het Landelijk Overleg Kantonrechters vastgelegd in een concrete Aanbeveling.⁴⁹

Het bewind biedt een alternatief voor die situaties waarin een eventuele volmacht de volmachtgever onvoldoende beschermt tegen financiële benadeling door de gevolmachtigde. Deze situaties doen zich met name voor wanneer de oudere geen partner of familie heeft die op basis van een volmacht zijn belangen kunnen behartigen. Door het gebrek aan toezicht op de gevolmachtigde ontstaat de kans op financiële benadeling. Ten aanzien van de eerste categorie ouderen leidt het meerderjarigenbewind echter tot een te vergaande inbreuk op de autonomie. Het bewind kan weliswaar beperkt blijven tot één of meer van de goederen van de oudere. Het bewind heeft echter ook tot gevolg dat ten aanzien van het beheer en beschikking over de onder bewind staande goederen toestemming van de bewindvoerder of kantonrechter is vereist. Een dergelijk zwaar regime is weliswaar door de wet toegestaan, maar levert naar mijn mening een te vergaande inbreuk op de handelingsvrijheid van deze ouderen.

Het bewind wordt in de praktijk regelmatig verzocht en ingesteld ten behoeve van ouderen met een geestelijke stoornis.⁵⁰ Gelet op de vermogensrechtelijke kwetsbaarheid van ouderen uit de tweede categorie is een verdergaande inbreuk op de autonomie hier wél op zijn plaats. Doordat het bewind zowel betrekking kan hebben op een gedeelte als op het gehele vermogen voorziet deze maatregel in de mogelijkheid dat de betrokkene zelf optreedt als dat in het gegeven geval verantwoord is.

Het meerderjarigenbewind wordt, op een enkele uitzondering na, niet gepubliceerd.⁵¹ Dit in tegenstelling tot de curatele die in twee dagbladen en in de Staatscourant moet worden gepubliceerd (art. 1:390 BW). Het feit dat onderbewindstelling in beginsel niet wordt gepubliceerd wordt als groot voordeel naar voren gebracht, omdat men de publicatie van de curatele veelal als grievend ervaart.⁵² Het ontbreken van publicatie leidt er echter toe dat de wederpartij en derden te goeder trouw worden beschermd tegen onbevoegd handelen van de onderbewindgestelde. Hierbij moet niet alleen worden gedacht aan vermogensrechtelijke rechtshandelingen die de oudere uit eigen beweging verricht, maar vooral ook aan rechtshandelingen die hij onder dwang van derden verricht. Deze bescherming van hen die het bewind niet kennen of behoren te kennen, gaat ten koste van de rechthebbende, zodat hierdoor het eigenlijke doel van het bewind wordt voorbij gestreefd.⁵³ Onderbewindstelling van registergoederen moet daarentegen wel worden gepubliceerd.⁵⁴

49 Deze aanbeveling is gepubliceerd, zie <www.rechtspraak.nl>.

50 K. Blankman, 'Het beschermingsbewind nader onderzocht', *FJR* 2002, p. 254.

51 K. Blankman, 'Meerderjarigen- en voogdijbewind', in: F.W.J.M. Schols e.a. (red.), *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004, p. 87.

52 G. van der Burght & J.E. Doek, Pitlo. *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 1038.

53 G. van der Burght & J.E. Doek, Pitlo. *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 1038.

54 K. Blankman, 'Meerderjarigen- en voogdijbewind', in: F.W.J.M. Schols e.a. (red.), *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004, p. 87.

Om de positie van derden en schuldeisers minder sterk te maken kan worden gedacht aan de introductie van een partiële handelingsonbekwaamheid waardoor de oudere en zijn vermogen optimaal kunnen worden beschermd.⁵⁵ Deze handelingsonbekwaamheid zou dan alleen betrekking hebben op de onder bewind staande goederen en moet evenals de curatele worden gepubliceerd en geregistreerd.

11.4.4 Curatele

De curatele is de oudste en meest vergaande beschermingsmaatregel, omdat deze maatregel algehele handelingsonbekwaamheid met zich meebrengt (art. 1:381 BW). Een ander belangrijk kenmerk van de curatele is de publicatie en registratie van de uitspraak (art. 1:390 en 391 BW). Beide kenmerken hangen samen met een derde kenmerk van de curatele, namelijk het ontbreken van derdenbescherming. Een door de onder curatele gestelde, zonder toestemming van de curator, verrichtte rechtshandeling kan door de rechter op vordering van de curator worden vernietigd. Op de handelingsonbekwaamheid van de onder curatele gestelde bestaan echter enkele uitzonderingen (art. 1:381 lid 3 en lid 5 BW).

De benoeming van een toeziende curator naast de curator beschermt de onder curatele gestelde tegen financiële benadeling door de curator. Deze toeziende curator kan de kantonrechter ervan op de hoogte stellen, wanneer hij meent dat de curator zijn taak verwaarloost of onjuist uitvoert.⁵⁶ Tevens heeft de kantonrechter toezicht op de curator en de toeziende curator. Hij kan hen te allen tijde ten verhoor oproepen en om inlichtingen vragen.

Van de drie in art. 1:378 BW genoemde gronden is voor de curatele de geestelijke stoornis de belangrijkste. De vaststelling van deze grond is niet altijd eenvoudig. Hiervan is veelal sprake bij ouderen met een ernstige vorm van dementie of andere geestelijke stoornis.⁵⁷ Vereist is dat de persoon door een geestelijke stoornis al dan niet met tussenpozen, niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn belangen behoorlijk waar te nemen.⁵⁸

Gelet op de vergaande gevolgen voor de handelingsvrijheid van de betrokken persoon is ten aanzien van deze maatregel terughoudendheid vereist. De rechter moet zelfstandig een oordeel vormen over de wilsbekwaamheid van de betrokkene. Hierbij moet hij de uiterste zorgvuldigheid betrachten. Aangenomen mag worden dat bij het opleggen van een curatele maatregel de aanbeveling ten aanzien van het bewind ook van belang is.⁵⁹

55 K. Blankman, 'Meerderjarigen- en voogdijbewind', in: F.W.J.M. Schols e.a. (red.), *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004, p. 91.

56 K. Blankman, *Curatele voor personen met een geestelijke stoornis en bescherming op maat* (diss. Amsterdam Vrije Universiteit), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 147.

57 K. Blankman, *Curatele voor personen met een geestelijke stoornis en bescherming op maat* (diss. Amsterdam Vrije Universiteit), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 147.

58 K. Blankman, *Curatele en dan? Een praktische beschrijving van de meest volledige beschermingsmogelijkheid voor geestelijke gehandicapten/gestoorden*, 's-Gravenhage: Vuga-uitgeverij 1983, p. 33.

59 S. Jansen, 'Curatele, Beschermingsbewind en mentorschap: waar gaan wij (moet het) heen?', *FJR* 2001, p. 258.

Bij het verzoekschrift tot curatele wordt veelal een geneeskundige verklaring toegevoegd. Hoewel de wet deze verklaring niet vereist zal de rechter hier in de regel wel behoefte aan hebben.⁶⁰ Het Hof Amsterdam oordeelde op 8 februari 2007 dat de notaris bij het beoordelen van de wilsbekwaamheid in de gegeven omstandigheden gebruik had moeten maken van een medisch deskundig advies.⁶¹ Gelet op de vergaande beperking ten aanzien van de handelingsvrijheid van de betrokkene is het wenselijk dat ook de rechter bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid het advies betreft van een medisch deskundige.

De curatele is alleen nodig wanneer iemand de gevolgen van zijn handelen in het geheel niet meer overziet. Dit doet zich voor in situaties waarin iemand gemakkelijk schulden kan maken, doordat onvoldoende toezicht van anderen mogelijk is. Ik denk hierbij aan ouderen uit de tweede categorie die lijden aan een ernstige vorm van dementie of andere geestelijke stoornis. Het moge echter duidelijk zijn dat personen die uit zichzelf tot geen enkele rechtshandeling meer in staat zijn, curatele veelal niet nodig hebben.

11.4.5 Misbruik van omstandigheden

Naast de hierboven beschreven beschermingsmaatregelen biedt het leerstuk van misbruik van omstandigheden bescherming tegen financieel misbruik.

In het arrest van 9 januari 2004 doet de Hoge Raad een uitspraak over het leerstuk van 'misbruik van omstandigheden' (art. 3:44 lid 4 BW).⁶² Het betreft in deze zaak de verkoop van een loods door de 82-jarige, aan dementie lijdende K., aan zijn neef en diens vrouw voor een veel te lage prijs.

De Hoge Raad oordeelt dat gezien de feiten en omstandigheden misbruik van omstandigheden dusdanig voor de hand ligt, dat het andersluidende oordeel van het hof aan hoge motiveringseisen dient te voldoen om begrijpelijk te zijn. De combinatie van een aftakelende fysieke en geestelijke toestand en de vertrouwensband levert volgens de raad een bijzondere omstandigheid op.⁶³ De aanwezigheid van het evidente financiële nadeel voor K. laat het beroep op misbruik van omstandigheden slagen. Zowel P-G Hartkamp als de Hoge Raad geven aan dat het hof deze omstandigheden in samenhang en in onderling verband had moeten zien. Dit arrest toont aan dat een beroep op misbruik van omstandigheden meer kans van slagen biedt dan voorheen.⁶⁴ Een strikte toepassing van de vereisten van misbruik van omstandigheden wordt in deze uitspraak niet meer gehanteerd.⁶⁵ Het causaal verband tussen de omstandigheden en het sluiten van de nadelige overeenkomst wordt veelal aangenomen, als het initiatief tot het sluiten van deze overeenkomst van de wederpartij is uitgegaan. De Hoge Raad neemt personen die

60 M.J.C. Koens e.a. (red.), *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 403.

61 Hof Amsterdam, 8 februari 2007, *LJN* AZ8646.

62 HR 9 januari 2004, *NJ* 2004, 141.

63 Zie ook M.M. van Rossum & F. Schabos, 'Misbruik van omstandigheden: Enige notities naar aanleiding van HR 9 januari 2004, *NJ* 2004, 141', *WPNR* 2004, p. 884.

64 Zie voor eerdere uitspraken HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 610; HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 243.

65 Zie ook M.M. van Rossum & F. Schabos, 'Misbruik van omstandigheden: Enige notities naar aanleiding van HR 9 januari 2004, *NJ* 2004, 141', *WPNR* 2004, p. 884.

in geestelijke en lichamelijke nood verkeren en die nadeel lijden omdat zij een rechtshandeling verrichten met een wederpartij met wie zij een vertrouwensrelatie hebben in bescherming, door hoge motiveringseisen te stellen aan een andersluidend oordeel van de feitenrechter.

De vraag is of het leerstuk van omstandigheden niet nog ruimer kan worden uitgelegd dan de Hoge Raad heeft gedaan. Het is immers wenselijk dat ouderen ook worden beschermd tegen financieel misbruik door personen met wie zij geen vertrouwensrelatie hebben.

Het nadeel van deze vorm van handhaving van misbruik van omstandigheden is dat deze steeds achteraf plaats vindt. Dit heeft echter ook voordelen, omdat de autonomie van de betrokkene zo wel wordt gerespecteerd. In de volgende paragraaf zal blijken dat de notaris ook een belangrijke rol speelt ten aanzien van financieel misbruik.

11.5 De rol van de notaris

11.5.1 Algemeen

De notaris speelt een belangrijke rol bij de vermogensrechtelijke bescherming van ouderen met een geestelijke stoornis. Gelet op de mogelijkheid van partiële en tijdelijke wilsonbekwaamheid zal de notaris per geval een oordeel moeten vormen omtrent de wilsbekwaamheid van zijn cliënt. Wilsbekwaamheid hangt niet alleen af van de cognitieve vermogens van de persoon maar ook van de complexiteit van het onderwerp waarover de persoon een beslissing moet nemen. Beslissingen over leefwijzen of levensomstandigheden zijn veelal gemakkelijker in hun gevolgen te overzien dan beslissingen over het beheer van een vermogen of een testament.⁶⁶ Dit heeft consequenties voor de notaris bij zijn beoordeling van de wilsbekwaamheid van zijn cliënt.⁶⁷ Bij deze beoordeling wordt van de notaris de uiterste zorgvuldigheid geëist. Deze zorgplicht rust niet alleen op de notaris, maar ook op andere beroepsbeoefenaren binnen de financiële dienstensector. Hierbij denk ik aan de bijzondere zorgplicht van een bank ten aanzien derden met wier belangen zij rekening behoort te houden.⁶⁸ De maatschappelijke functie van de bank brengt mee dat zij ouderen moeten beschermen tegen financiële benadeling door derden.

11.5.2 Beoordeling wilsonbekwaamheid

Wanneer iemand bijvoorbeeld zijn huis wil verkopen of een testament wil opmaken of wijzigen is de tussenkomst van een notaris vereist. De notaris is in deze gevallen de verantwoordelijke om vast te stellen of zijn cliënt beschikt over de wettelijk vereiste verstandelijke vermogens. Instructief is in dit verband de hierboven aangehaalde uitspraak

66 H. Diesfeldt & S. Teunisse, 'Wilsbekwaamheid', in: A.M. Pot e.a. (red.), *Handboek Ouderenpsychologie*, Utrecht: De Tijdstroom 2007, p. 212.

67 F.G.I. Jennekens & A. Jennekens Schinkel, 'De dementerende persoon, het testament en de notaris', *WPNR* 2005, p. 596.

68 C.M. Grundmann-van de Krol, *Alsnog geannoteerd, 10 jaar JOR*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 81.

van de Hoge Raad van 9 januari 2004.⁶⁹ Inzet van deze procedure was misbruik van omstandigheden en niet primair de rol van de notaris bij het tot stand komen van de akte van levering van de onroerende zaak. Duidelijk is wel dat ook hier de vraag zich kan voordoen op welke wijze de notaris is nagegaan of de verkoper de reikwijdte van de verkoop kon overzien.

Het Hof Amsterdam oordeelde in 2007 dat van de notaris de uiterste zorgvuldigheid is vereist bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid van zijn cliënt.⁷⁰ Volgens het hof heeft de kamer van toezicht terecht een waarschuwing opgelegd aan de notaris. Het hof oordeelde in deze zaak dat de notaris in de gegeven omstandigheden had moeten vragen naar een medische verklaring. Door dit na te laten heeft de notaris op onzorgvuldige wijze de wilsbekwaamheid van zijn cliënt beoordeeld. Het hof is van mening dat op de notaris een zware ambtsverplichting rust om het nodige te doen om te voorkomen dat hij akten passeert op basis van verklaringen van personen die niet in staat zijn hun wil in vrijheid te uiten. Het hof gaat ervan uit dat dit essentiële bestaansredenen zijn van het notariaat.

In het notariaat ontbraken tot voor kort expliciete richtlijnen voor het beoordelen van de wilsbekwaamheid, hetgeen tot dubieuze beslissingen heeft geleid.⁷¹ De Stichting Alzheimer Nederland kreeg ook steeds vaker meldingen van dementerenden die door hun familie of anderen zouden worden bestolen. Er zouden testamenten worden opgesteld zonder dat de testateur goed wist wat de gevolgen daarvan zouden kunnen zijn.⁷² De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie heeft in 2006 in overleg met de stichting Alzheimer Nederland een protocol voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid door notarissen opgesteld. Dit protocol is niet bindend. De notaris heeft hiermee een stappenplan om de wilsbekwaamheid van cliënten in voorkomende gevallen beter te beoordelen. Het protocol geeft verschillende indicatoren waarin wordt aangegeven op welke wijze kan worden bepaald of iemand in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen. Dit protocol kan notarissen echter niet behoeden voor een tuchtrechtelijke tik op de vingers, zo blijkt uit genoemde uitspraak van het Hof Amsterdam.

De vraag is of de uitspraak van het hof een algemene verplichting voor de notaris meebrengt om deskundig advies in te winnen over de wilsbekwaamheid van ouderen met een geestelijke stoornis. De vermogensrechtelijke kwetsbaarheid van deze ouderen en de grote financiële belangen die veelal in het geding zijn rechtvaardigen een dergelijke verplichting naar mijn mening wel.

Het protocol hanteert als uitgangspunt dat een cliënt in beginsel handelingsbekwaam is. Eerst indien er aanleiding bestaat om daaraan te twijfelen, dient een notaris de gees-

69 HR 9 januari 2004, *NJ* 2004, 141.

70 Hof Amsterdam, 8 februari 2007, *LJN* AZ8646.

71 Hof Amsterdam, 3 november 2005, *LJN* AU5948; Kamer van toezicht Amsterdam, 18 augustus 2005, nr. K 43/04; Kamer van toezicht Leeuwarden, 28 december 2005, nr. 13/05.

72 M. Hooimeyer, 'Noodkreet Alzheimer Nederland: "Notaris vergeet rechtsbescherming dementerenden niet!"', *Notariaat Magazine* 2005, p. 30.

tesgesteldheid van zijn cliënt uitgebreider te onderzoeken. Het protocol geeft hiervoor een lijst met indicatoren. Wanneer een cliënt voldoet aan een van deze indicatoren moet de wilsbekwaamheid van de cliënt nader worden onderzocht. Het is naar mijn mening noodzakelijk dat de notaris voor deze situaties een medisch deskundige inschakelt. De toets naar de wilsbekwaamheid moet vervolgens worden uitgevoerd door een onafhankelijk medisch deskundige. Het probleem dat de behandelend arts zonder toestemming van de patiënt geen gegevens mag verstrekken kan op deze manier worden omzeild (art. 7:457 BW).

11.6 Evaluatie

11.6.1 Algemeen

In de vorige twee paragrafen heb ik eerst de verschillende vermogensrechtelijke beschermingsmaatregelen en voorzieningen besproken. Vervolgens heb ik deze getoetst aan de voorwaarden die ik heb gesteld aan vermogensrechtelijke bescherming van ouderen. In deze paragraaf zal ik mijn bevindingen per categorie presenteren.

11.6.2 Evaluatie: eerste categorie

De ouderen uit de eerste categorie hebben iemand nodig die hen terzijde staat en zonnodig vertegenwoordigt. In de praktijk wordt de problematiek van het inkomen- en vermogensbeheer van deze ouderen geregeld door het afgeven van een volmacht aan een familielid. Deze rechtsfiguur biedt in beginsel voldoende vermogensrechtelijke bescherming. Door het gebrek aan toezicht op de gevolmachtigde schiet de volmacht echter te kort in situaties van financiële benadeling door de gevolmachtigde.

Het bewind kent wel een vorm van aanvullend toezicht door de kantonrechter op de bewindvoerder, maar is geen geschikt alternatief. Het bewind leidt voor deze ouderen immers tot een te vergaande inbreuk op de autonomie, doordat zij het beheer en de beschikking over de onder bewind staande goederen verliezen. Een zekere vorm van controle ex post op de gevolmachtigde biedt het leerstuk van misbruik van omstandigheden. Handhaving ex ante kan worden gerealiseerd door een vorm van toezicht op de gevolmachtigde in het huidige burgerlijke recht te introduceren.

Ouderen uit deze categorie kunnen ook het slachtoffer worden van financiële benadeling door anderen dan de gevolmachtigde. Ons recht kent geen adequate voorziening ten aanzien van deze vorm van financieel misbruik. Het streven naar maximale bescherming voor deze categorie is naar mijn mening niet mogelijk zonder de autonomie van deze ouderen te veel te beperken. Gelet op het feit dat het bij misbruik van deze ouderen veelal gaat om kleine financiële belangen vind ik een verdergaande inbreuk op de autonomie niet wenselijk.⁷³

73 H.C. Comijs e.a. (red.), *Agressie tegen en benadeling van ouderen. Een onderzoek naar oudermishandeling*, Enschede: PrintPartners 1996, p. 75.

Wel kan voor deze vormen van financieel misbruik ondersteuning worden gezocht bij organisaties die de collectieve belangenbehartiging van ouderen ten doel stellen. Het Landelijk Steunpunt Bestrijding Ouderenmishandeling is zo'n organisatie die zich richt op projecten en activiteiten ten behoeve van kwetsbare ouderen.⁷⁴

11.6.3 *Evaluatie: tweede categorie*

De ouderen uit de tweede categorie moeten in de eerste plaats worden beschermd tegen zichzelf. De handelingsvrijheid van deze ouderen moet worden beperkt voor zover zij de gevolgen van hun handelen niet meer kunnen overzien. Een belangrijk uitgangspunt hierbij is dat rekening wordt gehouden met de nog wel aanwezige verstandelijke vermogens van de oudere.

Het bewind biedt voor ouderen met een tijdelijke of gedeeltelijke wilsonbekwaamheid in beginsel een beschermingsmaatregel op maat doordat het bewind zowel betrekking kan hebben op het geheel als op een gedeelte van het vermogen. Het bewind wordt echter niet gepubliceerd met uitzondering van bewind over registergoederen. Het ontbreken van publicatie leidt ertoe dat de wederpartij en derden te goeder trouw worden beschermd tegen onbevoegd handelen van de rechthebbende. Hieruit blijkt dat de bescherming van onder bewind gestelde goederen niet sterk is.

In de tweede plaats moeten deze ouderen worden beschermd tegen derden die misbruik kunnen maken van hun onvermogen tot een redelijke waardering van hun eigen belangen. In dit verband is allereerst een belangrijke rol weggelegd voor de notaris die in specifieke gevallen de wilsbekwaamheid van zijn cliënt moet beoordelen. Van de notaris wordt bij het passeren van akten een grote mate van zorgvuldigheid vereist ten aanzien van deze beoordeling. De vermogensrechtelijke kwetsbaarheid van deze categorie ouderen rechtvaardigt naar mijn mening dat de notaris in voorkomende gevallen wordt verplicht om medisch deskundig advies in te winnen over de wilsbekwaamheid van zijn cliënt.

Daarnaast bieden de curatele, het bewind en het leerstuk van de feitelijke onbekwaamheid deze ouderen bescherming tegen derden die van hen willen profiteren. De curatele biedt daarbij de meest vergaande bescherming, doordat dit de enige regeling is waarbij derden niet worden beschermd. Deze maatregel is echter alleen geschikt voor ouderen die ten gevolge van een ernstige geestelijke stoornis de gevolgen van hun handelen in het geheel niet meer overzien. De curatele moet slechts in zeer uitzonderlijke situaties worden opgelegd, omdat zij leidt tot handelingsonbekwaamheid van de persoon. Een dergelijk zwaar regime is lang niet altijd nodig. In het merendeel van de gevallen kan worden volstaan met een bewind, desnoods over alle goederen.

Tenslotte biedt ook het leerstuk van misbruik van omstandigheden de ouderen met een geestelijke stoornis bescherming tegen financieel misbruik.

74 F. Bovenkerk e.a. (red.), *Geweldscriminaliteit tegen ouderen*, Utrecht: Willem Pompe Instituut voor Strafwetenschappen Universiteit Utrecht 2003, p. 19.

II.7 Conclusie en aanbevelingen

In deze bijdrage stond de vraag centraal of ouderen in ons huidige recht voldoende vermogensrechtelijk worden beschermd.

Uit mijn onderzoek is gebleken dat ouderen ten gevolge van hun lichamelijke en geestelijke achteruitgang in min of meerdere mate afhankelijk worden van de hulp van anderen. Deze afhankelijkheid maakt hen kwetsbaar in vermogensrechtelijk opzicht. De mate van kwetsbaarheid verschilt per individu en is afhankelijk van de sociaalrelatieve en maatschappelijke context. Voor een beter begrip heb ik de kwetsbare ouderen onderverdeeld in twee categorieën. De eerste categorie bestaat uit ouderen met lichamelijke beperkingen. De tweede categorie bestaat uit ouderen met een geestelijke beperking.

In het streven naar voldoende vermogensbescherming leg ik de nadruk op de eigen verantwoordelijkheid, zelfstandigheid en keuzevrijheid van ouderen. Vermogensrechtelijke beschermingsregels moeten de autonomie van de ouderen zo veel mogelijk respecteren.

De volmacht biedt ouderen uit de eerste categorie in beginsel voldoende vermogensrechtelijke bescherming en laat de handelingsvrijheid van deze ouderen geheel intact. Deze rechtsfiguur biedt echter onvoldoende bescherming in situaties van financiële benadeling door de gevolmachtigde of door derden.

Bescherming tegen financieel misbruik door de gevolmachtigde kan worden gerealiseerd door een zekere vorm van toezicht op de gevolmachtigde te introduceren. Hierbij denk ik aan een voorziening als de Vollmachtsüberwachungsbetreuung die het Duitse recht kent. De rechter benoemt dan een vertegenwoordiger die toezicht houdt op de door de volmachtgever zelf benoemde vertegenwoordiger. Een volmacht gecombineerd met een dergelijke voorziening creëert naar mijn mening een optimale bescherming voor ouderen uit de eerste categorie.

Bescherming tegen financieel misbruik door derden kan niet worden gerealiseerd zonder de autonomie van deze ouderen te veel te beperken. Mede gelet op het feit dat het veelal gaat om kleine financiële belangen is een verdergaande inbreuk op de autonomie naar mijn mening niet wenselijk.

Het huidige recht biedt ouderen uit de tweede categorie in voorkomende situaties onvoldoende vermogensrechtelijke bescherming. De vermogensrechtelijke kwetsbaarheid en de grote financiële belangen die bij financieel misbruik van deze ouderen in het geding zijn, vereisen een verdergaande inbreuk op de autonomie.

Het meerderjarigenbewind biedt in beginsel een beschermingsmaatregel op maat. Het bewind schiet echter zijn doel voorbij, doordat de wederpartij en derden wél worden beschermd tegen onbevoegd handelen van de rechthebbende. Het bewind over registergoederen moet daarentegen wel worden gepubliceerd. Om de positie van derden en schuldeisers minder sterk te maken beveel ik de introductie van een partiële handelingsonbekwaamheid aan. Op deze manier kunnen de oudere en zijn vermogen optimaal worden beschermd. Deze handelingsonbekwaamheid heeft dan alleen betrekking op de onder bewind staande goederen en moet evenals de curatele worden gepubliceerd en geregistreerd. De publicatie wordt veelal als grievend ervaren, maar ze kan naar mijn

mening worden gerechtvaardigd in verband met de vermogensrechtelijke kwetsbaarheid van ouderen met een geestelijke stoornis.

De notaris speelt ook een belangrijke rol bij de vermogensrechtelijke bescherming van ouderen met een geestelijke stoornis. De notaris moet naar mijn mening worden verplicht om bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid van zijn cliënt een medisch deskundig advies te betrekken. Op deze manier kan zo veel mogelijk worden voorkomen dat hij akten passeert op basis van verklaringen van personen die niet in staat zijn hun wil in vrijheid te uiten.

Ten slotte biedt het leerstuk van misbruik van omstandigheden bescherming aan ouderen met een geestelijke stoornis tegen financieel misbruik. Voor een optimale bescherming van kwetsbare ouderen moet dit leerstuk ruim worden uitgelegd. Ouderen moeten niet alleen worden beschermd tegen financieel misbruik door personen met wie zij een vertrouwensrelatie hebben, maar ook met wie zij geen vertrouwensrelatie hebben.

XII Autonomie en paternalisme: afsluitende observaties

Willem van Boom, Walter Dijkshoorn, Mark Tuil¹

12.1 Onze eerste indrukken

Uit de bijdragen van de verschillende auteurs blijkt dat autonomie en paternalisme in het geldende recht geen elkaar uitsluitende grootheden zijn. In het privaatrecht zijn het uitersten van een breed spectrum. De bijdragen laten ook zien dat het antwoord op de vraag wat wenselijk recht is nooit zwart-wit is: het is niet ófwel autonomie ófwel paternalisme. In de nuance vinden de meeste auteurs het wenselijke recht. Daar waar het recht ‘te veel’ paternalisme laat zien, betogen de auteurs dat het wel een ietsje minder kan. En waar het individu vertrapt dreigt te worden door ‘te veel’ autonomie, wordt betoogd dat een tikje meer naar paternalisme opgeschoven zou mogen worden.

Uiteraard dient zich de vraag aan hoe de auteurs hebben bepaald wat ‘te veel’ en ‘te weinig’ is. In de bijdragen zien we de invloed van de rechtsvergelijking, klassieke rechts-economie, psychologie en behavioural law and economics, waar de auteurs maatsta-ven aan ontleen om de veronderstellingen en gevolgen van het recht te beoordelen. Ook zoeken zij in de genoemde disciplines – zij het in mindere mate – aanknopings-punten voor een normatief kader om te beoordelen wat beter recht zou opleveren. Los van de normatieve verantwoording per bijdrage lijkt bij de auteurs gezamenlijk de basisgedachte voorop te staan dat wenselijk privaatrecht het recht is dat de gunstigste voorwaarden schept voor de (vermogensrechtelijke) zelfverwerkelijking van het individu zonder de belangen van de directe omgeving en verder weg gelegen anderen – en dan met name bedrijven, instellingen en overheden – uit het oog te verliezen.

Tegelijk zien we in alle bijdragen ook duidelijk de natuurlijke habitus van de jurist: hij (m/v) wordt geconfronteerd met een (vermeend) maatschappelijk probleem en stelt maatregelen voor waarvan hij denkt – zomogelijk met een beroep op ervaringen met anterieure maatregelen – dat deze het probleem kunnen wegnemen of verkleinen. Het is niet anders in dit boek: de meeste auteurs doen voorstellen die tot andere of meer regels zullen leiden. We kwamen slechts een enkel voorbeeld tegen waarin werd bepleit dat vooral niet moest worden ingegrepen en dat het probleem gelaten moest worden voor wat het was. Zo stelt Van Zanten dat kan worden volstaan met een andere benadering van de cliënt door de juridische dienstverlener (in plaats van een aanscherping of aan-passing van de dienstweigeringsplicht). Dat de meerderheid van de auteurs zou willen ingrijpen, is zeker geen verwijt aan het adres van ‘de wetgever’ dat deze inactief zou zijn,²

¹ De auteurs zijn verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus School of Law.

² Bedacht moet worden dat ‘de wetgever’ niet echt bestaat; wetgeving komt (veelal) tot stand door samenwerking en tegenwerking van diverse organisaties. Zie hierover bijvoorbeeld (de

maar het geeft integendeel aan hoe beleidsgeoriënteerd juristen eigenlijk zijn. Wij zouden dat een goede eigenschap willen noemen, maar misschien is het ook een opdracht aan ons om in het universitair juridisch onderwijs óók de kracht van non-interventie te benadrukken.

12.2 Een kleine taxonomie van autonomie en paternalisme

Autonomie wordt in algemene zin wel gezien als het fundamentele recht van eenieder om zelf de eigen toekomst vorm te geven.³ Het is echter steeds de context van de bijdragen die concrete invulling aan het begrip geeft. Dat geldt niet minder voor paternalisme. Paternalisme komt overal voor, maar is moeilijk te omschrijven. Allereerst is natuurlijk van belang om te constateren dat het in dit boek steeds gaat om juridische ingrepen en niet zozeer feitelijke ingrepen in de autonomie van het individu.⁴ Van oudsher betreft paternalisme de vermogensbescherming van minderjarigen, geestelijk gestoorde en gehuwde vrouwen tegen de gevolgen van het handelen onder invloed van hun eigen beperkingen.⁵ Maar bescherming tegen zwakten en uitbuiting zien we ook in het verbod van slavernij, mensenhandel, orgaanhandel en (commercieel) draagmoederschap alsmede in het verbod om te contracteren over familierechtelijke rechtsverhoudingen en ook in de regulering van de gokindustrie; dit alles wordt wel onder paternalisme geschaard. Voorts wordt ook wel over paternalisme gesproken wanneer wordt ingegrepen door de overheid vanuit een bepaalde 'maatschappelijke moraal'. Voorbeelden hiervan zijn het verbod om rechtshandelingen te verrichten die door inhoud of strekking in strijd

verwijzingen bij) N.J.H. Huls en W.S.R. Stoter, 'Hoe vernieuwend is het wetgevingsbeleid van minister Donner?', *RegelMaat* 2003, p. 165-177.

- 3 'That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right', aldus John Stuart Mill (*On Liberty. People's edition*, Londen: Longmans, Green and co 1892, p. 6, l.k.; origineel uit 1859). Vgl. bijvoorbeeld Donald VandeVeer, *Paternalistic Intervention – The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton: Princeton University Press 1986, p. 129. Zie voor het contractenrecht bijv. Ton Hartlief, *De vrijheid beschermd – enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999; A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel: Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten (4-II)*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 34; J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 3, 5-7, 46-47 en 63 e.v.; M.W. Hesselink e.a., *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-2, alsook (de verwijzingen bij) Tilman Repgen, *Kein Abschied an der Privatautonomie Die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*, Paderborn: Schöningh 2001, p. 70 e.v.
- 4 In de Engelstalige literatuur spreekt men dan van 'legal paternalism'. Zie Joel Feinberg, 'Legal Paternalism', *Canadian Journal of Philosophy* 1971, p. 106 e.v.
- 5 Eyal Zamir, 'The Efficiency of Paternalism', *Virginia Law Review* 1998, p. 238, nt. 25; Colin Camerer e.a., 'Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"', *University Pennsylvania Law Review* 2003, p. 1213.

zijn met de goede zeden of de openbare orde en het verbod om met naasten te huwen.⁶ Overigens zijn die laatste voorbeelden in zekere zin randgevallen, omdat niet elk verbod en elke regel van dwingend recht paternalisme als grond heeft: de noodzaak tot maatschappelijke ordening en het beschermen van belangen van anderen dan de direct betrokken partijen kunnen uiteraard ook deze grondslag bieden. Niet elk verbod of elke dwang is dus op (louter) paternalistische motieven gebaseerd.⁷

Wat betreft definities van paternalisme zien we ruime en minder ruime varianten. Valdés definieert paternalisme als een gedwongen ingreep in het gedrag van een persoon om te voorkomen dat deze zichzelf schade berokkent.⁸ Een vergelijkbare maar iets ruimere definitie vinden we bij Dworkin, die spreekt van de ingreep in de vrijheid van handelen van een individu met verwijzing naar rechtvaardigingsgronden zoals het welzijn, geluk, de belangen, behoeften of waarden van het betrokken individu.⁹ In de analyse van Kennedy is paternalisme per definitie tegen de zin van de burger die het treft.¹⁰ Een ‘hypothetisch contract’ als rechtvaardiging voor paternalisme – en dus veronderstelde instemming – wordt overigens ook wel genoemd.¹¹ Ogus ten slotte, stelt dat paternalisme zich voordoet wanneer de overheid zich het recht toe-eigent om te bepalen wat het beste is voor burgers omdat aan henzelf deze taak om hun eigen belang te behartigen niet toevertrouwd is.¹²

De literatuur maakt verschillende onderverdelingen van paternalisme.¹³ Dworkin onderscheidt bijvoorbeeld ‘pure paternalism’ van ‘impure paternalism’. Bij de eerste categorie richt het verbod zich tot de persoon tot wiens belang het paternalisme strekt, terwijl bij de tweede categorie als het ware een derde moet zien te voorkomen dat de beschermde schade lijdt. Deze tweede categorie grijpt dus niet alleen in in de handelingsvrijheid van de beschermde, maar ook in die van de derde.¹⁴ Beide vormen komen in de verschil-

6 Seana Valentine Shffrin, ‘Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accomodation’, *Philosophy & Public Affairs* 2000, p. 206-207.

7 Seana Valentine Shffrin, ‘Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accomodation’, *Philosophy & Public Affairs* 2000, p. 213.

8 Ernesto Garzón Valdés, ‘On Justifying Legal Paternalism’, *Ratio Juris* 1990, p. 173 e.v.

9 Gerald Dworkin, ‘Paternalism’, in: Richard A. Wasserstrom (red.), *Morality and the Law*, Belmont: Wadsworth Publishing Company 1971, p. 108. Vgl. Eyal Zamir, ‘The Efficiency of Paternalism’, *Virginia Law Review* 1998, p. 236; Seana Valentine Shffrin, ‘Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accomodation’, *Philosophy & Public Affairs* 2000, p. 213-214; Paul Burrows, ‘Analyzing Legal Paternalism’, *International Review of Law and Economics* 1995, p. 495.

10 Duncan Kennedy, ‘Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power’, *Maryland Law Review* 1982, p. 572.

11 Anthony Ogus, *Costs and Cautionary Tales Economic Insights for the Law*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 234.

12 Anthony Ogus, *Costs and Cautionary Tales Economic Insights for the Law*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 83.

13 Zie voor nadere onderverdelingen bijvoorbeeld Gerald Dworkin, ‘Moral Paternalism’, *Law and Philosophy* 2005, p. 305 e.v.. Zie ook de onderverdeling van wijzen waarop individuen beïnvloed worden bij Donald VandeVeer, *Paternalistic Intervention The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton: Princeton University Press 1986, p. 438-439.

14 Gerald Dworkin, ‘Paternalism’, in: Richard A. Wasserstrom (red.), *Morality and the Law*, Belmont: Wadsworth Publishing Company 1971, p. 111.

lende bijdragen aan dit boek aan de orde. Gedacht kan worden aan het onder toezicht stellen van bejaarden (de bijdrage van Braun) tegenover de plicht van de professionele gevaarsetter om het slachtoffer voor schade te behoeden (de bijdrage van Behić) of de vermogensbescherming van minderjarigen (de bijdrage van Koppenol) tegenover de aansprakelijkheid van minderjarigen en/of hun ouders voor door de minderjarigen veroorzaakte schade (de bijdrage van Van der Wilt).

Ook wordt wel onderscheid gemaakt tussen 'strong paternalism' tegenover 'weak paternalism'. Zwak paternalisme lijkt gelijk te stellen met educatie, waarbij rechtsregels ertoe strekken om handelingen van personen te laten aansluiten bij hun preferenties. Informatie over gevaren van bepaalde handelingen is daar een goed voorbeeld van: als iemand geen ongeluk wil krijgen, dan kan een informerende waarschuwing hem tot een handeling brengen die in lijn is met zijn wens om geen ongeluk te krijgen. Sterk paternalisme is 'normatiever' van aard: het wil niet alleen dwalingen aanpakken in de aansluiting tussen preferenties en handeling maar ook dwalingen in de preferenties zelf.¹⁵ Dwingend recht kan zo beschouwd in het teken van sterk paternalisme staan.¹⁶ Gedacht kan worden aan een verbod om consumenten meer geld te lenen dan zij gezien hun draagkracht kunnen terugbetalen: een eventuele preferentie van consumenten om niettemin overmatig te lenen wordt zo tot dwaling verklaard.

Zwak paternalisme lijkt in het vermogensrecht de meest voorkomende vorm van paternalisme te zijn. Het begrip 'zwak paternalisme' kan naar ons idee het beste worden samengevat als 'drempels en duwtjes'. Dit zijn min of meer subtiele handelingen die niet rechtstreeks ingrijpen in het beslissingsproces van de beschermeling maar hem ongemerkt in een bepaalde richting duwen. Drempels nemen bijvoorbeeld de vorm aan van een waarschuwingsplicht tegen nabij gevaar, zodat met het waarschuwen een barrière gevormd wordt voor het potentiële slachtoffer. 'Duwtjes' kunnen de vorm aannemen van regels die individuen in de richting duwen van een 'goede' beslissing.¹⁷ Zo wordt wel gesteld dat een wetgever al veel kan bereiken met regelend recht, door het zo vorm te geven dat het individu al de goede kant op geduwd wordt. De kans dat van het regelend recht afgeweken wordt, is namelijk niet altijd zo groot.¹⁸

Ook in de bijdragen in dit boek komen drempels en duwtjes aan de orde. Van Zanten bepleit bijvoorbeeld dat juridische dienstverleners hun cliënten in de goede richting moeten 'duwen'. Mijnster beargumenteert dat de zorgconsument, gewapend met volledige,

15 Gerald Dworkin, 'Paternalism', in: Edward N. Zalta (red.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002. Vgl. ook 'hard' en 'soft' paternalism, waarover bijvoorbeeld Gerald Dworkin, 'Paternalism; Some Second Thoughts', in: Rolf Sartorius (red.), *Paternalism*, Minneapolis: University of Minnesota Press 1983, p. 107 e.v.

16 Anthony Ogus, *Costs and Cautionary Tales Economic Insights for the Law*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 85.

17 Thaler en Sunstein (Richard H. Thaler en Cass R. Sunstein, *Nudge Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven: Yale University Press 2008, p. 1 e.v.) spreken van 'nudging' (waarmee het cultuurverschil tussen Amerikanen en Europeanen geïllustreerd moge zijn; een dergelijk woord zou in Europa te veel associaties met de beruchte 'nudge nudge wink wink'-sketch van Monty Python opleveren).

18 Cass R. Sunstein en Richard H. Thaler, 'Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron', *University Chicago Law Review* 2003, p. 1159 e.v.

juiste en vooral niet-misleidende informatie door de overheid als vanzelf de juiste keuze maakt tussen reguliere en alternatieve geneeskunde.

Dan is er ook nog paternalisme dat grond vindt in groepssolidariteit. De rechtvaardiging van bepaalde geboden en verboden is soms gelegen in de idee dat daarmee het welzijn van een gehele groep in de maatschappij gediend is. Regels variërend van de 40-urige werkweek en winkeltijdenwetgeving tot het verbod van mensenhandel zijn maatregelen met het oog op het welzijn van de groep personen die het betreft. Maar als een individu binnen die groep weloverwogen dat verbod wil overtreden, zal op solidariteitsgronden toch tegen zijn autonome wil ingegaan moeten worden: het verbod kan alleen maar werken als iedereen zich er aan houdt.¹⁹ Het ligt niet voor de hand dat een individu mag afzien van de bescherming die hij bij groepssolidariteit krijgt.²⁰

Bijzondere aandacht verdient nog de verhouding tussen paternalisme en redistributie van welvaart via het privaatrecht. Wat ze gemeen hebben is de grote invloed die zij uitoefenden op het (denken over) privaatrecht van de twintigste eeuw.²¹ Identiek zijn de begrippen niet; het zijn als het ware cirkels die elkaar deels overlappen. Het verschil is in elk geval dat bij paternalisme niet noodzakelijkerwijs een regeling wordt getroffen voor de vraag wie de verhoogde bescherming betalen moet. Bedacht moet worden dat paternalisme in de zin van het geven van bescherming natuurlijk een prijs heeft. Als paternalisme geïntroduceerd wordt zonder prijsregulering, staat het de partij ten koste van wie de bescherming geschiedt vrij om een hogere prijs te vragen.²² Die kosten kunnen zuiver financieel zijn en zouden daarmee omgeslagen kunnen worden in de productprijs. Het gevolg daarvan kan zijn dat het aanbod van het product minder groot wordt, de prijs stijgt en het product onbereikbaar wordt voor de minder koopkrachtigen.²³ Daarmee is paternalisme dan nog geen redistributie, tenzij de prijs natuurlijk doorberekend en gespreid kan worden over alle cliënten inclusief degenen die de bescherming niet krijgen.²⁴ Uit het voorbeeld van de markt voor woninghuur bij Filippo blijkt overigens dat paternalisme *de facto* wél in onbedoelde herverdeling kan omslaan als anderen profiteren van de overheidsmaatregel ten nadele van de doelgroep.

Kosten van paternalisme in andere dan financiële zin zijn bijvoorbeeld gelegen in het feit dat bepaalde personen geen toegang meer krijgen tot een product, ook als ze dat wel zouden willen. Denk bijvoorbeeld aan het schrijven van opties door particulieren. Waar vroeger misschien nog werd toegestaan dat beleggers opties schreven zonder voldoen-

19 Vgl. Gerald Dworkin, 'Paternalism', in: Richard A. Wasserstrom (red.), *Morality and the Law*, Belmont: Wadsworth Publishing Company 1971, p. 112.

20 Vgl. Duncan Kennedy, 'Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power', *Maryland Law Review* 1982, p. 633.

21 Vgl. Anthony Ogus, *Costs and Cautionary Tales Economic Insights for the Law*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 220.

22 Vgl. Duncan Kennedy, 'Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power', *Maryland Law Review* 1982, p. 625.

23 Anthony Ogus, *Costs and Cautionary Tales Economic Insights for the Law*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 31; p. 227-228, p. 252.

24 Dit lijkt verband te houden met wat Seana Valentine Shiffrin, 'Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation', *Philosophy & Public Affairs* 2000, p. 239, 'accommodation' noemt.

de 'margin' (onderpand), is dat tegenwoordig door de toenemende bancaire zorgplicht zo goed als uitgesloten. De particuliere belegger die zich willens en wetens aan het risico van insolventie wil blootstellen via optiehandel, kan dat dus niet. Volgens economen zou dan van welvaartsverlies gesproken moeten worden dat minstens gecompenseerd zou moeten worden door de 'winst' van gedwongen alternatieven zoals 'veiliger beleggen'.²⁵

12.3 De auteurs over autonomie en paternalisme

De bijdragen betreffen verschillende thema's en dat heeft natuurlijk ook invloed op de concepten van 'autonomie' en 'paternalisme' die de auteurs hanteren.

Voor Braun is autonomie voor ouderen het recht om zelf het eigen vermogen te beheren. Haar suggestie om toezicht te houden op gevolmachtigden van ouderen moet dan ook als versterking van die autonomie worden gezien, terwijl paternalisme in haar opvatting vooral proportioneel gehanteerd moet worden als instrument om bescherming te bieden waar autonomie niet langer gewaarborgd is als gevolg van geestelijke achteruitgang. Voor Koppenol is de overmatige vermogensbescherming van minderjarige consumenten ongewenst paternalisme. Zij voelt hier meer voor een terugtred van de overheid en benadrukking van een goede 'financiële opvoeding' die kinderen niet klein houdt, maar hen juist toerust om zich zelfstandig een weg te banen door de jungle vol aantrekkelijke, maar ook gevaarlijke reclames.

Voor Van Zanten en Filippo is autonomie vooral gelegen in contractvrijheid, terwijl bescherming van zwakkere partijen 'meer paternalistisch' is. In de loop van het betoog van Filippo lijken paternalisme en ongelijkheidscompensatie zelfs uitwisselbaar te worden. Voor Bredemeijer-Pilon is het wenselijk om de zorgplicht van de direct writer aan te scherpen. Zij noemt dat voorzichtig 'een zekere mate van paternalisme' en zoekt de aanscherping vooral in het corrigeren van informatieasymmetrie. Van Zanten is huiverig voor dienstweigering als ultieme vorm van paternalisme in de verhouding tussen juridische dienstverlener en cliënt, en zij draagt een denkkader aan waarbinnen naar haar oordeel juist de autonomie van de cliënt centraal kan blijven staan.

Voor Van der Wilt staat autonomie gelijk aan het zelf verantwoordelijkheid dragen voor eigen gedrag; in zijn visie zou het verruimen van de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:169 BW van veertien naar achttien jaar neerkomen op meer paternalisme. Hij doet daarmee niet alleen op het gegeven dat ouders een grotere financiële verantwoordelijkheid zouden dragen maar ook op de veronderstelling dat met deze verruiming intensivering van toezicht op opgroeiende kinderen wordt beoogd. Van der Wilt gelooft overigens dat daar weinig van terecht zal komen.

Evenals Van der Wilt plaatst ook Behić eigen verantwoordelijkheid voor eigen gedrag in het teken van autonomie (in de bijdrage van Behić dan vooral die van het slachtoffer die eigen schuld aan zijn ongeval heeft). De zware zorgplicht die op de 'professionele gevaarsetter' rust om te anticiperen op onvoorzichtigheid van potentiële slachtoffers, is naar het oordeel van Behić geen bewijs van 'doorgeschoten paternalisme'.

25 Vgl. het concept van 'asymmetric paternalism' bij Colin Camerer e.a., 'Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"', *University Pennsylvania Law Review* 2003, p. 1212 e.v.

Bij Van Asch is alle regelgeving die zich richt op het verbeteren van de informatiepositie van consumenten niet paternalistisch maar juist op het vergroten van de autonomie van de consument gericht. Het consumentenbeleid gaat immers nog uit van een ideaalmodel van de consument en, zo begrijpen wij Van Asch, dat beleid wordt pas écht paternalistisch daar waar de bescherming verder gaat dan het wegnemen van informatieachterstand. Wat betreft paternalistische bescherming tegen reclame blijkt die vooral te bestaan waar het kinderen betreft en gezondheidsspecifieke reclame (tabak, geneesmiddelen). Zolang een wetgever niet ingrijpt in het contracteerproces – anders dan door de verplichting om informatie te geven – is dus geen sprake van ‘echt’ paternalisme, zo begrijpen wij Van Asch.

In de bijdrage van Mijnster lopen de begrippen autonomie en paternalisme vloeiend in elkaar over. Mijnster benadrukt dat de autonomie van de patiënt om keuzes te maken op de zorgmarkt praktisch beperkt is door het gebrek aan informatie en deskundigheid van de patiënt. Daarmee blijft autonomie een nobel streven. Ook het paternalisme van de WGBO, dat erop gericht is om de autonome positie van de patiënt te versterken, haalt weinig uit – zo stelt Mijnster – waar het om alternatieve geneeswijzen gaat. Mijnster bepleit een duidelijke keuze tussen twee uitersten: ‘echte’ autonomie die mogelijk wordt gemaakt door het van overheidswege verstrekken van deugdelijke en volledige informatie over alternatieve geneeswijzen – welke problematisch is, omdat juist voor de werking van het placebo-effect het ‘tekort aan kennis’ nodig is –, of ‘echt’ paternalisme door het verrichten van geneeskundige handelingen voor te behouden aan ‘echte deskundigen’ – waarmee de zorgconsument het placebo-effect van alternatieve geneeswijzen wordt onthouden.

Ook bij Bynoe vinden we een ineenvloeiing van autonomie en paternalisme, maar dan op een andere wijze. Zij stelt dat een bedenktijd die als doel heeft om informatietekorten en gebrek aan weerstand te repareren én die in dat doel slaagt, wel bescherming maar geen paternalisme oplevert: de bescherming vergroot juist de autonomie van de beschermde persoon.

Overigens wordt in de bijdragen ook gewezen op de gevaren van ‘te veel’ paternalisme, zoals in § 11.2 ook al aan de orde kwam. Met name de rechtseconomische literatuur die Filippo analyseert, wijst op de risico’s van bescherming, zoals daar zijn: verminderde bereikbaarheid van bepaalde producten en diensten voor degenen die de bescherming niet kunnen betalen, moral hazard (waaronder bijvoorbeeld misbruik van beschermingsregels) en onbedoelde neveneffecten.

Samengevat ziet de glijdende schaal van autonomie naar paternalisme er in het licht van de bijdragen aan dit boek aldus uit:

Autonomie	Verbeterde autonomie	Zwak paternalisme: drempels en duwtjes	Sterk paternalisme: ingreep
Ieder draagt zijn eigen schade	Informatieplicht over risico's schade, met het oog op het mogelijk maken van een goed geïnformeerde keuze	Waarschuwingsoverplichten ter voorkoming schade	Verbod op bepaalde handelingen, gebod om in te grijpen in de persoonlijke sfeer van een ander
Het gegeven woord bindt (consensualisme)	Informatieplicht, met het oog op het mogelijk maken van een goed geïnformeerde keuze	Bedenktermijn	Dwingendrechtelijke vaststelling inhoud rechtsverhouding (bijv. formalisme)
Eenieder heeft het recht om over zijn eigen vermogen te beschikken	Informatieplicht, met het oog op het mogelijk maken van een goed geïnformeerde keuze	Toezicht op (bepaalde) rechtshandelingen; waarschuwingsoverplichten	Handelingsonbekwaamheid, verbod op het aangaan van rechtshandelingen, of niet-uitwinbaarheid van vermogen voor bepaalde rechtshandelingen

12.4 Afsluiting

We moeten constateren dat dit boek slechts een verkenning van autonomie en paternalisme kon bieden. Veel kwam niet aan de orde dat wel een plaats had kunnen krijgen. Wat bijvoorbeeld te denken van de regulering van algemene voorwaarden en de ontmoediging van en het verbod op roken? Zeker ook in het licht van het (overheids)aansprakelijkheidsrecht (heeft de overheid voldoende gedaan om schade te voorkomen?) is het de vraag hoe 'vrijblijvend' overheidsingrijpen is (moet de overheid soms paternalistisch ingrijpen?). Daarnaast zouden ook bepaalde fundamentele vragen nog sterker belicht kunnen worden. Wij denken bijvoorbeeld aan de vraag waarom de zwakke bescherming verdient, de vraag waarom de ene partij wel als zwak wordt aangemerkt en de andere niet, en de vraag hoe de kosten van paternalisme in de maatschappij verdeeld worden.

Dat gezegd hebbende denken wij niettemin dat de themata die wel aan de orde kwamen nieuwe inzichten hebben opgeleverd over het spanningsveld tussen autonomie en paternalisme. Een van de inzichten die bij ons rijpten, was dat er een zekere angst bestaat voor het 'p-woord'. Geen politicus, rechter of beleidsmaker wil zijn geestesproduct daarmee gebrandmerkt zien. Paternalisme heeft een negatieve bijklank, omdat het geassocieerd wordt met de idee dat individuen niet in staat zijn om zelf behoorlijke beslissingen te nemen, om zichzelf te beschermen en om in autonomie verantwoordelijke beslissingen te nemen. Maar in werkelijkheid geldt dat:

'Contrary to the prevailing rhetoric of policymakers (and much of the legal literature), the legal systems of all western liberal democracies contain innumerable paternalistic rules and doctrines.'²⁶

26 Eyal Zamir, 'The Efficiency of Paternalism', *Virginia Law Review* 1998, p. 285.

De mate waarin een maatschappij min of meer paternalistische ingrepen in de handelingsvrijheid nodig acht en als zodanig benoemt, zegt dus veel over de heersende politieke filosofie van de betreffende maatschappij.²⁷ Het verbaast dan ook niet dat het juridische debat over paternalisme in de Verenigde Staten – waar overheidsingrijpen in algemene zin veel extremere reacties uitlokt dan bijvoorbeeld in Europa – op geheel andere wijze verloopt dan in Europa.²⁸

Wij komen tot een afronding. Worstelingen met het spectrum van paternalisme zijn niet nieuw, de ethische vraagstukken ook niet, en de slingerbeweging tussen autonomie en paternalisme ook niet. De visie op paternalisme en autonomie is naar zijn aard aan tijd en plaats gebonden.²⁹ *Iustitia omnibus* zal altijd onbereikbaar blijven, maar dat wil niet zeggen dat ‘het beste privaatrecht’ niet nastrevenswaardig is. Autonomie en paternalisme blijven dus voorwerp van onderzoek, ook voor de nieuwe lichting rechtswetenschappers die in dit boek werd vertegenwoordigd.

27 Een aardig voorbeeld hiervan is de acceptatie van homoseksualiteit en de invoering van het homohuwelijk.

28 Zie bijvoorbeeld het academische debat tussen Oren Bar-Gill en Richard A. Epstein, *Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics*, NYU Law and Economics Research Paper No. 07-17 (SSRN abstract 982527) 2007, p. 1 e.v.

29 Vgl. Olha Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party – A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, (PhD thesis) Utrecht: 2007, p. 49.

